

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO



TESIS DOCTORAL

**Conformidad a derecho del ejercicio del cargo y error :
(aproximación dogmática a la exclusión del injusto personal)**

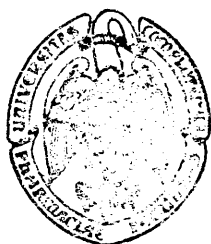
MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR
PRESENTADA POR

José Manuel Gómez Benítez

Madrid, 2015

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE

CONFORMIDAD A DERECHO DEL EJERCICIO DEL CARGO Y ERROR
(Aproximación dogmática a la exclusión del injusto personal)



BIBLIOTECA
DE DERECHO

Tesis doctoral que presenta
el Licenciado D. JOSE MANUEL
GOMEZ BENITEZ, dirigida por
el Profesor Dr. D. Horacio
Oliva García.

Junio, 1979

A Fritz y a Baudelaire,
por sus ausencias.

En testimonio de desarraigo.

E 1962	: Regierungsentwurf eines Strafgesetzbuches
GA	: Goldammer's Archiv für Strafrecht
GG	: Grundgesetz
GS	: Der Gerichtssaal
GS-OGB	: Gemeinsamer Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes
i.S.	: in Sinne
JA	: Juristische Arbeitsblätter
JJ	: Juristen-Jahrbuch
JR	: Juristische Rundschau
JuS	: Juristische Schulung
JZ	: Juristenzeitung
KG	: Kammergericht
LK	: Leipziger Kommentar
LVG	: Landesverwaltungsgericht
MDR	: Monatsschrift für deutsches Recht
MonKrimPsych.	: Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform
Niederschriften:	Niederschriften über die Sitzungen der Grossen Strafrechtskommission
NJW	: Neue Juristische Wochenschrift
OGHBrZ	: Deutscher Oberster Gerichtshof für die britische Zone
OLG	: Oberlandesgericht
OLG-Celle Festchrift	: Göttinger Festschrift für das Oberlandesgericht Celle
OVG	: Oberverwaltungsgericht
Protokolle	: Protokolle des Sonderausschusses des Deutschen Bundestages für die Strafrechtsreform
PrPVG	: Preussisches Polizeiverwaltungsgesetz
RAP	: Revista de Administración Pública
Rdn	: Randnummer

ABREVIATURAS

Abs.	: Absatz
AcP	: Archiv für die civilistische Praxis.
ADPCP	: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales
AE	: Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches
Anh	: Anhang
Anm	: Anmerkung
AO	: Abgabenordnung
AÖR	: Archiv des öffentlichen Praxis
AT	: Allgemeiner Teil
BayObLG	: Bayerisches Oberstes Landesgericht
BayVBl	: Bayerische Verwaltungsblätter
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI	: Bundesgesetzblatt
BGH	: Bundesgerichtshof
BGHSt	: Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen
BGHZ	: Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BT	: Besonderer Teil
BVerfG	: Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	: Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts.
BVerwG	: Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	: Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
CPCr	: Cuadernos de Política Criminal
DJT-Festschrift	: Hundert Jahre deutsches Rechtsleben; Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages
DÖV	: Die Öffentliche Verwaltung
BVBl	: Deutsches Verwaltungsblatt

REDA	: Revista Española de Derecho Administrativo
REP	: Revista de Estudios Penitenciarios
Rep. Ar.	: Aranzadi, Repertorio de Jurisprudencia
RG	: Reichsgericht
RGSt	: Entscheidungen des Reichsgerichts in Straf- sachen
RGZ	: Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivil- sachen
S	: Sentencia
SchwJt	: Festgabe zum Schweizerischen Juristentag
SchwZStr	: Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht (Révue Pénale Suisse)
SJZ	: Süddeutsche Juristen-Zeitung
SK	: Systematischer Kommentar
StAO	: Steueranpassungsordnung
StGB	: Strafgesetzbuch
StPO	: Strafprozessordnung
StrafrAbh	: Strafrechtliche Abhandlungen
StVolstrO	: Strafvollstreckungsordnung
TS	: Tribunal Supremo
UZwG	: Gesetz über den unmittelbaren Zwang bei Ausübung öffentlicher Gewalt durch Vollzu- gebeamte des Bundes
VDA	: Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Allgemei- ner Teil
VG	: Verwaltungsgericht
VGH	: Verwaltungsgerichtshof
Vor.	: Vorbemerkung
VVDStRL	: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VwGO	: Verwaltungsgerichtsordnung
VwVG	: Verwaltungsvollstreckungsgesetz

ZPO	: Zivilprozessordnung
ZRP	: Zeitschrift für Rechtspolitik
ZRVgl	: Zeitschrift für Rechtsvergleichung
ZSchwR	: Zeitschrift für Schweizerisches Recht
ZStW	: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
ZVG	: Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung

I N D I C E

INTRODUCCION.

- I.- Justificación general de la investigación de la problemática subjetiva.
- II.- La Jurisprudencia del TS y la legalidad del ejercicio del cargo en los tipos de atentado, y resistencia a la Autoridad o sus agentes. La fundamentación dogmática de la tesis jurisprudencial sobre la eximente putativa y el concepto penal específico de conformidad a derecho del ejercicio del cargo que se deduce de ella.
La alternativa en la doctrina científica.
Elementos para una crítica de ambas tesis.
- III.- El "examen debido" de los presupuestos de la actuación en el ejercicio del cargo, en la Jurisprudencia y doctrina alemanas; el concepto penal específico de la conformidad a derecho del ejercicio del cargo.
- 1.- Jurisprudencia dominante: el valor de tesis de las sentencias del OLG Celle de 3.9.1970 y del BGH de 10.11.1967:
- el "ejercicio conforme a deber de la discrecionalidad"
- la exigencia del "examen conforme a deber" y los elementos subjetivos de justificación

- el error sobre los presupuestos objeti
vos de la causa de justificación

El error sobre la prohibición.

- 2.- La especial importancia, por su valor di
vergente, de la sentencia del OLG de Stuttg
gart de 27.8.1970, y la crítica de KÜPER;
- 3.- La doctrina dominante: el reconocimiento
del concepto penal específico de conformi
dad a derecho del ejercicio del cargo:
 - a) el caso hipotético utilizado por SCHU-
NEMANN.
 - b) el error sobre la prohibición por parte
del funcionario y la actuación por or-
den. Sentencia KG 15.12.1971. La crítica
de WAGNER.
- 4.- La teoría de STRATENWERTH en "Verantwor-
tung und Gehorsam": el punto de partida pa
ra la crítica a la teoría dominante:
 - a) la discrecionalidad como "discrecionalid
ad de acción"
 - b) el desvalor de la acción en la teoría
del injusto personal
 - c) el error del funcionario, espec. el
error sobre la prohibición en las actua
ciones por propia decisión y por orden.

CAPITULO I

La cuestión de la discrecionalidad administrativa referida al supuesto de hecho o presupuestos típicos objetivos de la intervención coactiva en el ejercicio del cargo.

I.- Planteamiento.- Discrecionalidad administrativa y margen de apreciación: la recuperación de la doctrina administrativa sobre la discrecionalidad y el "márgen de apreciación" (Beurteilungsspielraum) por parte de la doctrina penal y su aplicación al concepto de conformidad a derecho del ejercicio del cargo.

II.- La delimitación de la "libre discrecionalidad":

- Las condiciones para una coexistencia entre discrecionalidad administrativa y Estado de Derecho.
- La libre discrecionalidad como discrecionalidad "conforme a deber" en JELLINEK y su desarrollo doctrinal ulterior.
- La construcción jurídica de OGGENBÜHL.
- La confirmación de la discrecionalidad de acción en la doctrina administrativa dominante.
- Los defectos judiciales de discrecionalidad: el exceso y el uso defectuoso de la discrecionalidad (arbitrariedad y abuso de discrecionalidad).

CONCLUSIONES PARCIALES.

III.- Los conceptos jurídicos indeterminados y el "margen de apreciación".

1.- La teoría de los conceptos jurídicos indeterminados.

-Su reconocimiento en España.

1.1.- Naturaleza de los conceptos jurídicos indeterminados:

a) El "núcleo" y el "halo" del concepto.

-Conceptos de experiencia y conceptos de valor.

b) La indeterminación o normatividad como base de la atribución de discrecionalidad y los conceptos "normativos-subjetivos", especialmente en ENGISCH.

-Bases para las teorías de los "Koppelungsvorschriften" y del "Beurteilungsspielraum".

1.2.- La óptica del "quis iudicabit?".

CONCLUSIONES

2.- La teoría del "margen de apreciación".

a) Las formulaciones iniciales en la doctrina: especialmente Klaus MEYER, BACHOF y ULL.

b) La Jurisprudencia alemana y el "margen de apreciación".

b.1. Conceptos jurídicos indeterminados y discrecionalidad hasta 1955.

b.2. La "prerrogativa de estimación" o "Einschätzungsprerrogative" y su pretendida generalización.

-Crítica.

b.3. Los "Koppelungsvorschriften" en las innovadoras sentencias BVerwG de 16.12.1971 y GS⁻⁰⁶⁸ de 19.10.1971.

-La cuestión de los "Kann-Vorschriften" que encubren auténticos mandatos.

-Crítica.

-La reconducción de la problemática de los "Koppelungsvorschriften" hacia la argumentación de la inexistencia de "una sólo decisión justa" o "correcta" y el retorno al "margen de apreciación".

-La recuperación de la "discrecionalidad cognitiva" en la doctrina administrativa alemana.

-Crítica.

CONCLUSION.

b.4. Las "decisiones de prognosis o pronóstico" (Prognoseentscheidungen) y los "tipos o categorías de sospecha" (Verdachtstatbestände).

-Reducción dogmática.

c) CONCLUSIONES

3.- El ámbito de discrecionalidad y el "margen de apreciación" en relación al "orden público".

a) Las "decisiones para la evitación de peligros para el orden y la seguridad públicas" (Gefahrenabwehrentscheidungen), la cláusula general de Policía y la normativa española.

b) El concepto de "peligro" para el orden o la seguridad públicos como concepto normativo-subjetivo de probabilidad y su ordinación entre las decisiones de pronóstico y consiguiente reconocimiento de un "margen de apreciación".

-Crítica.

-La confluencia con el "concepto penal específico" de conformidad a derecho del ejercicio del cargo.

o) CONCLUSIONES.

4.- CONCLUSIONES PARCIALES.

CAPITULO II

El elemento subjetivo de justificación y su ausencia.

I.- Introducción.

II.- El elemento subjetivo de justificación.

1.- Naturaleza y concepto

a) El momento intelectual y el momento volitivo.

a.1.- Motivo, fin subjetivo y momento volitivo en la exclusión del injusto.

-Conclusión.

a.2.- La "dirección de la voluntad" en la teoría finalista de la acción: reducción dogmática.

-Conclusión.

b) Introducción a la crítica de la concepción del elemento subjetivo de justificación como "elemento negativo del dolo excluyente del tipo" (tatbestand-ausschliessendes negatives Vorsatzelement).

c) La pretendida exigencia de una "intención especial", además del elemento subjetivo de justificación, en determinadas causas (manifiestamente en el ejercicio del cargo).

III.- La relación entre el elemento subjetivo de justificación y los elementos fundam^{en}tantes del injusto.

- 1.- Las teorías de la "congruencia" y de la "justificación separada", y la integración del desvalor del resultado en el injusto y del valor del mismo en su exclusión.
- 2.- El desvalor del resultado y su función aumentante del injusto: las categorías dogmáticas de la "capacidad de resultado" (Erfolgsfähigkeit) y del "poder de resultado" (Erfolgsmächtigkeit) de la finalidad.
 - Crítica de ZIEGLINSKI.
 - Crítica de la crítica de ZIEGLINSKI: el poder de resultado en el injusto personal.
 - Crítica general en la doctrina: las "normas de determinación" y las "normas de valoración", y la pretendida diversidad o identidad de sus objetos de referencia: especial consideración de las aportaciones de STRATENWERTH y de Armin KAUFMANN.
 - Crítica: el desvalor del resultado como desvalor de la finalidad con capacidad y poder de resultado en el injusto del delito consumado.
 - Su aplicación al delito imprudente.

RESUMEN Y CONCLUSIONES PARCIALES.

IV.- El error inverso sobre la situación de justificación.

- 1.- La opción entre la punición del delito consumado o la del intentado, en estos supuestos: estudio crítico de las distintas argumentaciones a través de la fundamentación de la punición del consumado.

1.1.- La fundamentación de la punición del consumado en MAURACH y HIRSCH, especialmente:

- a) El argumento de la plena realización del tipo objetivo: la crítica desde la concepción del injusto personal en la teoría de los elementos negativos del tipo.
- b) La punición del delito consumado y la teoría "estricta" de la culpabilidad: La reconducción hacia el delito ideal y la crítica de ROXIN.
- La intrascendencia jurídica de la diferencia entre error sobre las circunstancias objetivas y el error sobre la valoración en el error de prohibición.
- Crítica.
- c) El argumento de la "congruencia".
- Crítica.

1.2.- La demostración del injusto consumado en la teoría del injusto personal de ZIEGLINSKI.

1.3.- Crítica y toma de postura.

V.- El elemento subjetivo de justificación y el tipo imprudente.

- 1.- Planteamiento general: supuesto y problemática de la sentencia OLG Frankfurt de 12. 7.1949.
- 2.- Concepto y naturaleza del elemento subjetivo de justificación en hechos imprudentes.

- a) Teoría de la no exigencia del elemento subjetivo para la justificación de hechos imprudentes: los argumentos de la imprudencia inconsciente o sin representación y de la "plena valoración social".
 - La solución a través de la "justificación separada" y de las concepciones valorativas de la teoría de los elementos negativos del tipo.
 - Crítica.
- b) Las teorías de la exigencia: las acciones imprudentes en el ámbito de un acto voluntario de justificación.
 - La crítica de BLANKE.
 - Contracrítica.
- c) Toma de postura.

VI.- CONCLUSIONES.

CAPITULO III

El error sobre los presupuestos objetivos de la causa de justificación; el valor del "examen conforme a deber" (pflichtgemässe Prüfung).

I.- Introducción. El privilegio estatal del error y el "riesgo permitido".

II.- Concepto y supuestos de "riesgo permitido". Su interrelación referencial con la "adecuación social" y el "deber objetivo de cuidado".

1.- La teoría de WELZEL: Riesgo permitido y adecuación social.

- Riesgo permitido y juicio de adecuación.
- Ordinación en el deber objetivo de cuidado.

2.- La interrelación referencial de estos conceptos en la doctrina.

a) Riesgo permitido y deber objetivo de cuidado.

- Conclusión.

b) El deber objetivo de cuidado y la adecuación social.

- Crítica de la teoría de la adecuación en este contexto.

- Conclusión.

3.- De nuevo, "riesgo permitido" y "juicio de adecuación": búsqueda de una concepción que supere los términos de la causalidad.

a) La teoría del "incremento del riesgo", de ROXIN.

b) El "cuidado objetivo" y las "reglas de conducta".

c) La doble conformación del riesgo permitido: el RP no causal y que abandona toda referencia a la adecuación social; la teoría causal de la adecuación en WELZEL y en ENGISCH.

- Reconducción dogmática de la teoría del incremento del riesgo y crítica de la del "desvalor de la relación" y "quebrantamiento de la paz jurídica", de LAMPE.

4.- CONCLUSION: aproximación al concepto de "infracción del deber objetivo de cuidado".

5.- La aplicación al concepto penal específico de conformidad a derecho del ejercicio del cargo, en concreto, a la problemática del "examen conforme a deber" y los vasos de error sobre los presupuestos de hecho de la causa de justificación.

III.- Las teorías de la culpabilidad en el error sobre los presupuestos de hecho de la causa de justificación.

1.- Las bases de la polémica doctrinal.

1.1.- "Imprudencia de hecho" e "imprudencia de derecho" en los citados casos de error.

1.2.- El problemático concepto de "dolo".

a) La reacción de la teoría de los elementos negativos del tipo frente a las consecuencias de la teoría estricta de la culpabilidad.

b) Dolo del tipo y conocimiento de la le
sión de un interés en la teoría estrict
ta de la culpabilidad.

- Crítica de ENGISCH.

- Contra-crítica y conclusión.

1.3.- La naturaleza del error: Su origen fác
tica y su consiguiente naturaleza cognit
tiva, en la base de la teoría limitada
de la culpabilidad.

- Las aportaciones "desde fuera" de HARDW
WIG.

- La naturaleza de la imprudencia en func
ción de la del error.

1.4.- CONCLUSION y posibles vías de evolución
dogmática.

2.- El contenido del injusto en los supuestos
de error sobre los presupuestos de hecho
de la justificación.

2.1.-La subsistencia del desvalor de la acción
dolosa: fundamentación del injusto dolos
o disminuído.

- El punto de partida de KRUMPELMANN.

- Diversas hipótesis dogmáticas.

- Crítica.

- La "teoría de la culpabilidad limitada
o remitente a las consecuencias jurídi-
cas (rechtsfolgeneinschränkende o rechts
folgenverweisende Schuldtheorie).

2.2.- Crítica a la fundamentación del injus-
to disminuído: la teoría de los elementos
negativos del tipo y la teoría finalista

del desvalor del acto: la afectación del elemento subjetivo de justificación a la antijuricidad y la subsistencia del desvalor-tipicidad.

- Especial consideración de la teoría de Armin KAUFMANN: reconducción dogmática hacia el injusto disminuído.
- Elemento subjetivo de justificación y conocimiento de la antijuricidad en la teoría estricta de la culpabilidad.
- La exclusión del injusto y la "ponderación de valores" en la teoría finalista.
- Los elementos objetivos del tipo de la autorización y la "necesidad objetiva ex ante".
- Crítica y dogmática consecuente.

CONCLUSION.

- 3.- Propuesta final de regulación del error sobre los presupuestos de hecho de la justificación.

IV.- CONCLUSIONES.

INTRODUCCION

SUMARIO

- I.- Justificación general de la investigación de la problemática subjetiva.
- II.- La Jurisprudencia del TS y la legalidad del ejercicio del cargo en los tipos de atentado, y resistencia a la Autoridad o sus agentes. La fundamentación dogmática de la tesis jurisprudencial sobre la eximente putativa y el concepto penal específico de conformidad a derecho del ejercicio del cargo que se deduce de ella. La alternativa en la doctrina científica. Elementos para una crítica de ambas tesis.
- III.- El "examen debido" de los presupuestos de la actuación en el ejercicio del cargo, en la Jurisprudencia y doctrina alemanas: el concepto penal específico de la conformidad a derecho del ejercicio del cargo:
- 1.- Jurisprudencia dominante: el valor de síntesis de las sentencias del OLG Celle de 3.9.1970 y del BGH de 10.11.1967:
 - .) el "ejercicio conforme a deber de la discrecionalidad"
 - .) la exigencia del "examen conforme a deber" y los elementos subjetivos de justificación
 - .) el error sobre los presupuestos objetivos de la causa de justificación.- El error sobre la prohibición.

2.- La especial importancia, por su valor divergente, de la sentencia del OLG de Stuttgart de 27.8.1970, y la crítica de KÜPER: la cuestión del no ejercicio de la discrecionalidad, es decir, la falta del examen debido o ejercicio conforme a deber de la discrecionalidad, cuando también en caso de haberla ejercitado conforme a deber se habría adoptado la misma decisión, objetivamente correcta.

3.- La doctrina dominante: el reconocimiento del concepto penal específico de conformidad a derecho del ejercicio del cargo:

- a) el caso hipotético utilizado por SCHÜNEMANN.
- b) el error sobre la prohibición por parte del funcionario y la actuación por orden. Sentencia KG 15.12.1971. La crítica de WAGNER.

4.- La teoría de STRATENWERTH en "Verantwortung und Gehorsam"; el punto de partida para la crítica a la teoría dominante:

- a) la discrecionalidad como "discrecionalidad de acción"
- b) el desvalor de la acción en la teoría del injusto personal.
- c) el error del funcionario, espec. el error sobre la prohibición en las actuaciones por propia decisión y por orden.

INTRODUCCION

I.- En su estudio sobre los delitos de atentado propio, resistencia y desobediencia, el profesor CEREZO manifiesta que "cuando el acto del funcionario constituya delito o falta, el desvalor de la acción estará constituido por el dolo de hecho, es decir, el conocimiento o voluntad de la realización de los elementos objetivos del tipo. No creo preciso -prosigue- que esté integrado, además, para el funcionario que actúa por propia decisión, por la infracción del deber de examinar si concurren en el caso concreto los presupuestos legales de la acción"(1). Esta afirmación viene a ser seguida justificada en base a las injustas consecuencias que, en caso contrario, se producirían para el ciudadano y su ámbito de resistencia legítima: "la ley recoge CEREZO- puede exigir al ciudadano... que examine la juricidad de la conducta del funcionario, pero no que examine el ánimo del funcionario y averigüe si obra de buena fe y si su error era o no vencible"(2).

Las frases anteriores tienen el valor funcional, al margen de su corrección o no, lo cual es objeto de una parte sustancial de este trabajo (por lo que elude aquí una toma de postura) de introducir perfectamente la problemática subjetiva del ejercicio legítimo del cargo: no se tra

1) José CEREZO MIR, "Los delitos de atentado propio, resistencia y desobediencia", en E.E.P. 1966, pág. 352.

(2) CEREZO, ob.cit.,pág.352/353.

ta ya de solventar en abstracto la conocida problemática de los "delitos consistentes en la infracción de un deber", sino de delimitar en concreto el valor que para la conformidad a derecho, legalidad o juricidad, del ejercicio del cargo puede tener la actuación subjetivamente "conforme a deber" del funcionario público(3), con independencia de la corrección o "legalidad" objetiva de su actuación. Dicho de otra forma, se trataría de establecer en el terreno de la antijuricidad, la exigibilidad o no de la realización del "examen conforme a deber" por parte del funcionario de los presupuestos objetivos de su intervención, y de decidir en pura consecuencia su valoración jurídico-penal. Las implicaciones que tiene la solución a la cuestión anterior en un sentido u otro se ponen de manifiesto, por estarnos moviendo en sede de causas de justificación, al abordar la problemática de los elementos subjetivos de las mismas y ^{de} la existencia meramente putativa, en su caso, de los presupuestos objetivos de la intervención en el cumplimiento de un deber proveniente del ejercicio del propio cargo. Se trata, en fin, de afrontar la problemática del error sobre la causa de justificación, específicamente sobre los presupuestos objetivos de la misma, y de decidir sobre el valor del cumplimiento del elemento subjetivo de la causa de justificación, de cara a la juricidad de la conducta. El interés de la cuestión no es, por lo demás, meramente teórico, aunque sólo fuese por la incidencia que ello puede tener sobre la delimitación del ámbito de resistencia legítima del ciudadano, tal y como ponía de manifiesto CEREZO en las citas que han servido de introducción a la presente problemática.

(3) Se utiliza el concepto penal de "funcionario público" según el art. 119 del Código Penal.

II.- Es relativamente frecuente la alusión genérica hecha por nuestros Tribunales al requisito de la "legalidad" del ejercicio del cargo, como esencial para que el funcionario mantenga su carácter de tal o permanezca en el ejercicio de las funciones, en relación a los tipos de atentado, resistencia o desobediencia a la autoridad(4). Tal alusión jurisprudencial a la "legalidad" es, sin embargo, matizable y de un valor muy marginal con respecto a la problemática subjetiva que nos ocupa, ya que las sentencias se limitan o bien a aludir a dicho requisito, aunque sin rellenarlo de contenido, o bien a definirlo a través de su aspecto objetivo.

Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de Septiembre de 1945,(5), manifiesta "que el agente de la autoridad que en el ejercicio de sus funciones ejecutó un acto de violencia contra cualquier persona, sin causa legítima que lo justifique, pierde "ipso facto" aquél carácter a los efectos de la responsabilidad que establecen respectivamente los artículos 258 y 231 de los Códigos Penales de 1932 y 1944...". En este mismo sentido se expresan las Sentencias del Tribunal Supremo de 8 de abril de 1963(6) ("...porque esta circunstancia exige la legalidad de la

(4) Cfr. infra. págs. 49 y sigs. para un estudio de la Jurisprudencia y doctrina sobre el valor de la conformidad a derecho del ejercicio del cargo en los tipos de atentado, resistencia y desobediencia. En contra de la opinión aquí mantenida; CEREZO MIR, "Los delitos de atentado..." cit. pág.349 (nota 112), apoyándose en la propia Jurisprudencia que declara que no basta cualquier extralimitación para que se produzcan los efectos señalados en el texto.

(5) Rep. Ar. 1111.

(6) Rep. Ar. 1601.

acción...); de 12 de diciembre de 1967(7) ("... con sujeción estricta a cuanto la legalidad le permite o autoriza ..."), de 18 de diciembre de 1975(8) ("...en el ejercicio correcto de su cargo..."), de 5 de marzo de 1976(9) ("... que los delitos de atentado... tutelan el ejercicio jurídico del desempeño de su poder e imperio (?)..."), de 14 de febrero de 1976(10) ("... es absolutamente necesario exista la legalidad de la acción..."), de 3 de abril de 1976(11) ("... que si bien es cierto que el exceso en la actuación autoritaria y las extralimitaciones de funciones privaría a los agentes del orden de la protección legal que la ley les confiere para el ejercicio lícito, no ilícito, de sus funciones y atribuciones...").

Más matizadas, y en el mismo sentido, resultan las sentencias TS de 2 de junio de 1970(12), de 22 de diciembre de 1970(13), y 15 de diciembre de 1972(14) como claras exponentes de la doctrina general del Tribunal Supremo que diferencia las "meras extralimitaciones y excesos" que no hacen que la Autoridad o sus agentes "pierdan su carácter" o que "se deje de cometer delito de atentado... contra ellos", de las "agresiones ilícitas contra los de-

(7) Rep. Ar. 5312

(8) Rep. Ar. 4864

(9) Rep. Art 977

(10) Rep. Ar. 538

(11) Rep. Ar. 1550

(12) Rep. Ar. 2722

(13) Rep. Ar. 5544

(14) Rep. Ar. 5386

rechos de los particulares" y las "violencias innecesarias", o bien de la grave "extralimitación autoritaria", supuestos estos que sí provocan la privación de su carácter de Autoridad o agente de la misma, dejando el paso expedito para la legitimidad de la conducta enfrentada del ciudadano(15).

Con respecto a esta doctrina jurisprudencial últimamente reseñada cabe investigar la causa por la que tales "meras extralimitaciones", etc. no alteran la conformidad a derecho de la intervención de la Autoridad o sus agentes en referencia a los delitos de atentado, resistencia y desobediencia. No cabe duda de que ello equivale a establecer un "deber de tolerar frente a actuaciones del cargo antijurídicas no gravemente culpables", tal y como concluía SCHÜNEMANN(16) al enfrentarse en la doctrina alemana con un supuesto concreto de ejercicio del cargo y con su hipotética resolución según la jurisprudencia y doctrina domi

(15) Especialmente significativa resulta la Sentencia TS de 22 de diciembre de 1970, ya citada (Rep. Ar. 3544), cuyo considerando 2º dice: "...pero no pierden su carácter, ni se deja cometer delito de atentado o desobediencia contra ellos, como en añeja doctrina ha venido estableciendo esta Sala, cuando al Ejercitar su función, cometan meras extralimitaciones, excesos, o hagan livianamente mal uso de sus atribuciones, pero que le privan o despojan de él, las agresiones ilícitas contra los derechos de los particulares, con uso de fuerza o violencia innecesarias, sin causa legítima que las justifique, pues en este último supuesto, y sólo en él, desafueran, y entonces la fuerza o resistencia empleada contra los mismos no es ilegítima, pues la grave extralimitación autoritaria constituye una violencia injustificada contra el ciudadano..."

(16) Bernd SCHÜNEMANN, en JA, 1972, pág.707. En su caso el asunto viene referido específicamente a la problemática subjetiva, por lo que adquiere un matiz mucho más concreto su alusión a la culpabilidad. (Cfr. infra. págs.45 y sigs.)

nantes en Alemania, resaltando cómo la causa de ello no podía ser otra que el afán estatal protector del funcionario(17). Por esta vía se establece en lo que se refiere a la conformidad a derecho del ejercicio violento del cargo, una especie de "escala gradual" de violencia ilegal, capaz de alterar dicha conformidad a derecho exclusivamente a partir del grado o estadio de "grave"(18).

Con independencia por ahora, de la concreta crítica que ello suscite en general, importa retomar lo que de orientativo para la sustanciación de la problemática subjetiva del ejercicio legítimo del cargo puede tener esta construcción jurisprudencial. Al respecto hay que traer a colación la ya citada en relación con la exigencia de legalidad de

(17) Lo cual resulta, por lo demás, absolutamente obvio para la Jurisprudencia española que establece en esta necesidad de protección del funcionario y de su dignidad, ratio functionis, la causa de las figuras típicas de los arts. 231, 237 y 238 del Código Penal. Cfr., por todas, Sentencia TS de 7 de abril de 1976 (Rep. Ar. 1571).

(18) Tal y como pretendemos dejar demostrado en este trabajo, no se trata, en consecuencia, de que en los tipos de atentado, resistencia y desobediencia sea suficiente que el funcionario actúe "en el ejercicio de sus funciones o con razón de ellas" simplemente; mucho más, el correcto entendimiento del texto positivo exige que el ejercicio de las funciones sea lícito (legal, legítimo o jurídico). Lo que ocurre es que se construye un concepto específico de la antijuricidad del ejercicio del cargo, que, entre otras especificidades, permite afirmar su licitud en casos de extralimitaciones NO GRAVES. Por lo demás este concepto específico no tiene por qué coincidir, tal y como se verá, con el rasero del "deber de tolerar", como pretende entre nosotros CERBEZO MIR ("Los delitos de atentado..." cit.) y en la doctrina alemana aquellos que defienden las denominadas "teorías administrativas" con respecto a la definición de la conformidad a derecho del ejercicio del cargo, de carácter minoritario. (Cfr. infra., pág. 50/51, nota 69).

la acción del cargo, Sentencia de 14 de febrero de 1976(19) que viene al caso ahora por aludir expresamente a la "creencia errónea de que el funcionario cumplía con su deber", en^{4º} supuesto en el que no se daba ningún requisito de los que, formalmente al menos, serían exigibles para poder referir la actuación del agente de la autoridad al ejercicio legítimo de su cargo; ni se encontraba de servicio, ni vestía el uniforme propio de su cargo, ni actuó dentro de los deberes reglamentarios(20). Resulta evidente, pues, que la alusión a la "creencia errónea de que cumplía con su deber" es absolutamente incidental dado el nulo fundamento fáctico o jurídico que tal creencia podía tener. Esto es confirmatorio de la tesis anteriormente expuesta en torno a la polarización jurisprudencial en los extremos, de las actuaciones y situaciones capaces de alterar el sistema de juricidad de las conductas de los funcionarios públicos.

(19) Rep. Ar. 538.

(20) Supuesto de hecho: "... el procesado Agente de la Policía Municipal de Sevilla, se encontraba durmiendo en su domicilio, y por consiguiente fuera del ejercicio de las funciones propias de su cargo, y al oír el sonido del dispositivo de alarma antirrobo, instalado en su automóvil, estacionado en la puerta de su casa, conociendo la serie de hurtos de automóviles que se venían cometiendo por aquellas fechas en la capital, se asomó a la ventana cogiendo una pistola de su propiedad, que únicamente podía utilizar en actos de servicio, viendo a dos individuos que manipulaban en el vehículo, efectuando dos disparos para amedrentarles, lo que consiguió, huyendo los sujetos, y detrás el procesado sin vestir de uniforme, con sus familiares en el automóvil en persecución de los individuos para detenerlos, obrando en la creencia errónea de que cumplía con su deber, y al llegar a la calle... vió a dos individuos de características similares a los que trataron de sustraerle el automóvil, que resultaron ser dos Inspectores de Policía de servicio, y sin identificarse ni uno ni los otros, se cambiaron una serie de disparos con la pistola... alcanzando al Inspector, hiriéndole..."

La problemática subjetiva subsiste, pues, desde nuestro punto de vista, intacta y sin "rellenar" dado el supuesto límite al que alude la citada sentencia. Ello nos parece afirmable, a pesar de la construcción jurisprudencial señalada, que valora la "legalidad" del ejercicio del cargo como elemento del tipo de atentado propio, ya que ésta puede venir definida perfectamente o bien en las correspondientes leyes y reglamentos, en base a "la competencia funcional, requisitos formales, necesidad o proporción del medio empleado, etc...", es decir, en función de sus elementos objetivos, o bien por otro lado, afirmando la relevancia jurídica de la creencia fundamentada, y no en relación a la culpabilidad sino a la antijuricidad de la acción. Ya CORDOBA ha puesto de manifiesto en nuestra doctrina, cómo una serie de sentencias en las que el cumplimiento del deber tiene una existencia putativa y que declaran la inadmisibilidad de la eximente 11 del art. 8, argumentando sobre la innecesariedad del medio empleado o sobre el carácter infundado de la creencia, están confirmando a sensu contrario, la relevancia jurídica de la creencia fundada, para la estimación de la eximente(21). Además, no resulta necesario recurrir a esta vía indirecta para llegar a esta conclusión referida a la Jurisprudencia española: resulta clara, tal y como señala críticamente

(21) Juan CORDOBA RODA, en "Cordoba Roda-Rodríguez Mourullo Comentarios al Código Penal", Tomo I, pág.382. Especialmente significativa resulta la Sentencia de 22 de abril de 1964, citada por CORDOBA, y que alude a que "no puede favorecerle la exención cuando luego hace un disparo contra quien se presenta en el lugar del suceso, sin tomar parte activa en él, sólo por la infundada creencia de que se acercaba seguramente para unirse a la acción en su contra, por tratarse de la madre de los procesados...".

un importante sector de nuestra doctrina penal, la diferencia existente entre doctrina y jurisprudencia sobre la solución penal correcta a dichos supuestos de eximente putativa; diferencia que tiene en su base la pretensión por parte de la doctrina de superar la opinión jurisprudencial que equipara a efectos de juricidad la existencia real y la putativa de los presupuestos objetivos de la causa de justificación(22). Y así, en la doctrina se mantiene la exclusión en todo caso de la apreciación de la eximente, y la relevancia de tal creencia fundada con respecto a la culpabilidad del funcionario público, a través de la teoría del error, esencial de hecho en estos supuestos, y excluyente por tanto del dolo, en todo caso, y de la culpa

(22) La Jurisprudencia se ha ocupado especialmente del tema planteado con relación a la legítima defensa, aunque su argumentación es generalizable. En cuanto a la circunstancia II del art. 8, concretamente al ejercicio legítimo del cargo,, la problemática de la eximente putativa ha sido mucho menos tratada. Cfr. especialmente, las Sentencias de 14 de febrero de 1976 (Rep. Art 538) ya citada, en relación a la creencia manifiestamente infundada, y la de 10 de abril de 1959 (Rep. Ar. 1309) recogida por CORDOBA ("Comentarios..." cit. pág. 382, nota 40), en la que un Policía Municipal interviene, fuera de su demarcación, creyendo que era su deber intervenir, por ir de uniforme, y que es citada como ejemplo claro de relevancia jurídica de la creencia fundada, que confiere juricidad a su conducta. No ignoramos, sin embargo la reciente tendencia jurisprudencial señalada por RODRIGUEZ MOURULLO, de acercamiento a las opiniones doctrinales. (Gonzalo RODRIGUEZ MOURULLO, "La legítima defensa real y putativa en la doctrina penal del Tribunal Supremo", 1976).

también si aquél era invencible(23). Es importante, sin embargo, señalar la reserva que nos produce el que en el fondo de tal pretensión subyazcan muchas veces problemas relativos a la posibilidad de legítima defensa, que condicionan a priori el desplazamiento de las eximentes putativas hacia la culpabilidad. En efecto, junto a la ya conocida opinión de CEREZO(24) fundamentada, como se vió, en una restricción del ámbito de resistencia legítima del ciudadano, hay que aludir, al respecto, a la preocupación manifestada en el mismo sentido por RODRIGUEZ MOURULLO sobre la equiparación de la legítima defensa real y putativa, ya que al excluirse en ambos casos la antijuricidad de la acción, ello revierte negativamente en la posibilidad de legítima defensa frente al que inicialmente "se defiende" erróneamente, cuando precisamente por actuar erróneamente puede estar causando una auténtica agresión ilegítima que justificase el ulterior comportamiento defensivo del realmente agredido(25). Por nuestra parte esperamos demostrar

(23) Cfr. CORDOBA RODA, "Comentarios..." cit. Tomo I, pág. 381/382; (in)extenso, en relación a la legítima defensa putativa, cfr. pág. 267); el mismo, "Las eximentes incompletas en el Código Penal" 1966, pág. 317. También: ANTON ONECA en ANTON ONECA-RODRIGUEZ MUÑOZ, "Derecho Penal", Tomo I, Parte General, pág. 240 (referido en concreto, a la legítima defensa; RODRIGUEZ MOURULLO, "La legítima defensa..." cit. pág. 9 y sigs. y 94 y sigs.; QUINTANO RIPOLLÉS, "Curso de Derecho Penal", Tomo I, (Parte General), pág. 313; RODRIGUEZ DE VESA, "Derecho Penal Español" Parte General, pág. 535, también en relación a la legítima defensa putativa, y caracterizando el error como de prohibición; es coincidente, sin embargo, en el resultado final, dado el idéntico trato que reciben en nuestra Jurisprudencia y doctrina mayoritaria, los supuestos de error de hecho y de derecho, sobre el tipo y sobre la prohibición.

(24) José CEREZO MIR, "Los delitos de atentado..." cit. pág. 352.

(25) Gonzalo RODRIGUEZ MOURULLO, "La legítima defensa..." cit. págs. 31/32.

lo fundado de la ^{reserva} que suscita la sustanciación en sede de culpabilidad de estas situaciones putativas, ~~la misma~~ a lo largo del presente trabajo.

Interesa destacar ahora, eludiendo de nuevo momentáneamente la toma de postura al respecto, por razones ya apuntadas y obvias (constituye una parte fundamental de este trabajo y de su justificación), la coincidencia que con concepciones radicalmente distintas en cuanto a la teoría jurídica del delito, son observables en los resultados entre la jurisprudencia española y la alemana, ésta última, eso sí, superando desde un principio el estrecho marco argumental de la española: en ambos casos se resuelven de forma favorable a la juricidad del ejercicio del cargo por parte del funcionario los supuestos de divergencia entre la realidad objetiva y la representación subjetiva fundada, conformándose la antijuricidad del ejercicio del cargo de manera especial: se trata, en definitiva, y en resumen, de la existencia, camuflada, de un concepto penal específico de la conformidad a derecho del ejercicio del cargo, cuya auténtica naturaleza jurídico-penal queda develada con especial claridad a través de las argumentaciones que sobre el tema se encuentran en la extensísima doctrina jurisprudencial y científica alemana.

III.- EL "EXAMEN DEBIDO" DE LOS PRESUPUESTOS DE LA ACTUACION EN EL EJERCICIO DEL CARGO EN LA JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA ALEMANA.

Junto a los requisitos de competencia territorial y funcional, y cumplimiento de las formas esenciales preceptivas en el ejercicio del cargo, establecen, tanto la Jurisprudencia(26) como la doctrina dominantes(27) en Alemania un tercer requisito básico para la determinación de la conformidad a Derecho del ejercicio del cargo: el "examen conforme a deber" ("pflichtgemäße Prüfung") por parte del funcionario de los presupuestos de su intervención. Tales requisitos conforman un concepto penal específico de ejercicio legítimo del cargo, formal por excelencia, en el que no tiene cabida la normativa ni la doctrina admi-

(26) De entre la Jurisprudencia del RG, destacan las sentencias: RGSt 2, 415; 6, 402; 26, 22; 38, 375; 55, 161; 61, 297; y, 72, 305.

De entre la del BGH hay que destacar: BGHSt 4, 161 (también publicada en NJW, 1953, pág. 1032); 21, 334 (publicada también, en NJW 1968, pág. 710), y, 24, 125.

Hay que citar, también, como típica, la sentencia, posteriormente comentada, del OLG Celle, de 3-9-1970, publicada en NJW, 1971, pág. 154, y en MDR, 1970, pág. 1026.

(27) Cfr. WELZEL, Lehrbuch, pág. 503; JESCHKECK, Lehrbuch, pág. 315; MAURACH, B T, pág. 637 y Nachtrag II págs. 7 y 8; HIRSCH, en LK, tomo I, parágrafo 51,39; HEIMANN-TROSIEN, en LK, tomo II, parágrafo 113,25; KOHLRAUSCH-LANGE, parágrafo 113, III 2 d (pág. 328); PREISENDANZ, StGB, parágrafo 113, II 1 d) (pág. 452).

DREHER, StGB, parágrafo 113, 14 (Pág. 558); también ESER lo mantenía en la 18ª edición del "Schönke-Schröder StGB Kommentar" (parágrafo 113, 28 y 29 (pág. 922)). En la más reciente de 1978 (19ª edición) introduce importantes cambios, en sentido crítico frente a este concepto (cfr. parágrafo 113, 27 y 28 (pág. 996)).

nistrativa(28).

Es, sin duda, este tercer requisito citado el que más contribuye a establecer la especificidad señalada, como se podrá observar a continuación. Pero también desde una óptica estrictamente penal, la aparición de dicho elemento para la conformidad a derecho en el ejercicio del cargo, no deja de presentar auténticas peculiaridades de dudosa fundamentación dogmática y de resultados poco aceptables.

Porque, en efecto, en el tratamiento hecho mayoritariamente del "examen debido" por parte del funcionario de los presupuestos de su actuación en el ejercicio del cargo, se destacan tres presupuestos básicos: en primer lugar el establecimiento de un margen de discrecionalidad o arbitrio relativo a su actuación, o mejor dicho, a la apreciación de los presupuestos objetivos, típicos, de la actuación; en segundo lugar la caracterización como elemento subjetivo de justificación de dicho "examen conforme a deber" o "arbitrio conforme a deber"(29) (en consonancia con lo anteriormente significado); y, finalmente, y como consecuencia inevitable de los presupuestos anteriores, un

(28) Por todos, DRUEHER, StGB, parágrafo 113, 11 (pág.557); también, especialmente, ESEER en la 18ª edición del "Schönke-Schröder StGB Komm. (parágrafo 113, 25) (pág.921)). Distinto en la 19ª edición (parágrafo 113, 21 y 22, págs. 994 y sigs.).

En la Jurisprudencia, por todos, OLG HAMM de 27.2. 1973 (GA 1973), pág. 244: "No vale en derecho penal el concepto administrativo de conformidad a derecho del ejercicio del cargo, sino el penal".

(29) En Alemania utilizan indistintamente las expresiones "pflichtgemäße Prüfung" y "pflichtgemäße Ermessen", dada la opinión dominante.

tratamiento peculiar y privilegiado de los casos de error del funcionario en el ejercicio de su cargo.

Tales presupuestos conducen como globalidad a una ~~con~~formación estrictamente subjetiva de la conformidad a derecho en el ejercicio del cargo, que aparece como critica-
ble, y que conlleva evidentes repercusiones en la conducta del ciudadano a través de los tipos de atentado, resis-
tencia y desobediencia a la Autoridad, y sus agentes.

1.- TESIS JURISPRUDENCIAL DOMINANTE.

En efecto, la Jurisprudencia penal alemana ha cons-
truido un concepto penal específico de ejercicio legítimo
del cargo, movida generalmente por el intento de justifi-
car el ejercicio del cargo al margen de la corrección o
incorrección material de la acción, demostrada objetivamen-
te a posteriori(30). Para ello, que puede resultar objeti-
vamente un esfuerzo loable(30 bis), se escoge el camino de
enmarcar la acción del cargo en el ámbito de la discrecio-
nalidad(31) del funcionario, con lo que todo se reduce a
una cuestión de ejercicio cuidadoso, subjetivamente y siem-
pre "dadas las circunstancias", de la misma. Este ámbito
de discrecionalidad limitadamente enjuiciable, no sólo se
refiere a la forma o margen de actividad, sino que se ex-

(30) DREHER, StGB, parágrafo 113, 11 (pág.557).

(30 bis) En este sentido ESER, en Schönke-Schröder StGB
Komm. (19*) parágrafo 113, 27 y 28 (pág.996).

(31) Utilizo, a partir de aquí, indistintamente, los térmi-
nos "arbitrio" y "discrecionalidad" para la traducción de
la palabra alemana "Ermessen".

tiende a los propios presupuestos típicos de la misma(32).

De tal manera se expresa la sentencia del OLG Celle de 3 septiembre 1970(33) cuando razona:

"Depende decisivamente (la conformidad a derecho del ejercicio del cargo) de si la realización de la acción del cargo figuraba en la discrecionalidad conforme a deber del funcionario y de si tal arbitrio fué cuidadosamente ejercitado dadas las circunstancias... La conformidad a derecho del ejercicio del cargo no se altera si el resultado del exámen realizado por el funcionario en el ámbito de su discrecionalidad era falso, siempre y cuando no sea perceptible una contrariedad al deber en el ejercicio del arbitrio. La juridicidad (conformidad a derecho) de la actuación no queda afectada por un error del funcionario sobre la existencia de los presupuestos de hecho de los que dependía, en el caso dado, la autorización para la intervención oficial, a no ser que el error se deba a culpabilidad grave (auf grossem Verschulden)".

En semejantes términos se manifestó con anterioridad el BGH en sentencia de 10. noviembre 1967(34), que junto

(32) En sentido crítico, Bernd SCHÜNEMANN, "Der besondere Beitrag-Rundum betrachtet", en JA, 1972, pág.708.

(33) OLG Celle. Sentencia recogida en NJW 1971, págs.154-155. El supuesto de hecho se refiere a la resistencia ofrecida por un hombre ebrio, al ser detenido por un policia de ferrocarriles por hallarse durmiendo en una cabina de fotografías y encontrarse indocumentado. La resistencia se produce cuando el funcionario ordena al detenido que saque las manos de los bolsillos, ante la suposición de que pudiera ir armado, para proceder a registrarlo al tacto. El detenido se resiste a ello, forzándosele no obstante. Del "cacho" se deduce que no portaba arma alguna.

(34) BGHSt,21,334(336). La sentencia se recoge, también, en NJW 1968, pág.710 y sigs.(714).

con la anterior vamos a considerar como típicas de la construcción jurisprudencial alemana por su valor de síntesis:

"Si, como en este caso, la ejecución de una actuación del cargo depende de la existencia de determinados presupuestos de hecho, la ley asigna también al funcionario el examen de si esos presupuestos se dan en el caso particular, y con ello coloca en su discrecionalidad la ejecución de la acción del cargo. Es, pues, jurídico, en tales casos, el ejercicio del cargo si el funcionario ejercita la discrecionalidad, que se le concede, conforme a deber, y ajusta su actuación al resultado de ese examen. Carece de importancia para la cuestión de la conformidad a derecho, si ese resultado es correcto o falso, siempre y cuando el funcionario haya actuado en base a un examen cuidadoso, en la suposición de estar habilitado y obligado a la acción del cargo... Depende, antes bien, exclusivamente, de si el funcionario consciente de su responsabilidad y bajo la mejor ponderación posible conforme a deber de todas las circunstancias perceptibles, podía tomar la acción por necesaria y justificada realmente.... Sólo el error culpable sobre la necesidad del ejercicio del cargo -arbitrariedad o abuso del cargo- hace antijurídica la acción".

Llama la atención la absoluta indeterminación conceptual en que se mueven tales sentencias, haciendo posible la extensión de su construcción teórica a cualquier actividad en el ejercicio de su cargo. El mero hecho de que la conformidad a derecho del ejercicio del cargo pueda

permanecer (permanezca) intacta, con carácter general, si el funcionario yerra sobre la existencia de los presupuestos fácticos de los que depende su competencia y autorización para la intervención propia del cargo en el caso dado(35), permite concluir que la inicial preocupación jurisprudencial a que aludíamos, basada en la necesidad de justificar una acción en el ejercicio del cargo al margen de su corrección material objetiva demostrada a posteriori, ha quedado ampliamente sobrepasada, generando una teoría extensiva de la discrecionalidad de la Administración, y en el ámbito penal de absoluta subjetivización del injusto(35 bis). Todo ello, evidentemente, redundará en perjuicio del ciudadano en su relación con la Administración en su actuación coactiva.

Interesa señalar, asimismo, que la construcción jurisprudencial exige la realización de un examen conforme a deber de la situación. Se exige, pues, como requisito o elemento subjetivo, la constatación de haber realizado positivamente tal examen(36), sin que sea suficiente la mera existencia del margen de discrecionalidad, al que aluden las citadas sentencias. Se trata, pues, de una doble afirmación jurisprudencial: la de que el funcionario se halla en tales supuestos dentro de un "ámbito de arbitrio o dig

(35) Sentencia OLG HAMM de 21.5.1951, recogida en NJW 1951, págs. 771-772.

(35 bis) En este sentido oír. ESER, en Schönke-Schröder StGB Komm.(199) parágrafo 113, 27 (pág.996).

(36) Con razón, Wilfried KÜPER, "Pflichtgemäße Prüfung bei Zuziehung von Durchsuchungseugen", en NJW 1971, págs.1681 y sigs. (1683). También, DRHMER, StGB, parágrafo 113, 14 (pág.558).

crecionalidad", y la de que tiene que "realizar un examen conforme a deber" de la situación, (dado precisamente que se mueve en un terreno discrecional), es decir, de los presupuestos fácticos u objetivos que justifican su intervención coactiva.

Tal exigencia activa o positiva de realización del examen debido de la situación, equivale a su configuración como elemento subjetivo de justificación, con la facultad de eliminar por su mera realización la antijuricidad de una conducta. En pura coherencia habría que decir que la acción en el ejercicio del cargo estará justificada si el funcionario ha llevado a cabo el examen debido de los presupuestos objetivos de su intervención, exclusivamente. Lo que dicho en otros términos equivale a mantener que si el funcionario en cuestión realiza tal "examen", con independencia de la existencia o no de los presupuestos objetivos, actúa "conforme a derecho", y si no lo realiza, aunque objetivamente estuviese "justificada" su intervención, su conducta será antijurídica(37).

EL ERROR DEL FUNCIONARIO

Tal y como se puede observar en las sentencias señaladas, los tribunales alemanes han construido una teoría del error específica para los casos de ejercicio coactivo del cargo, en la que, en general, destaca, por hallarnos en el terreno del error sobre una causa de justificación, la problemática del error sobre los presupuestos del hecho

(37) En este sentido analiza la doctrina jurisprudencial, a la que también critica, KUPER, ob.cit.pág.1684.

de la misma, junto a la menos dificultosa del error sobre sus límites o existencia.

Con respecto al error sobre los presupuestos de hecho que de existir justificarían la actuación del funcionario, en general, se declara insignificante para la cuestión de la juricidad de su conducta, que sólo será antijurídica en casos especialmente graves, es decir en casos en que el error sea gravemente culpable sustentándose en arbitrariedad o abuso del cargo (error sobre la propia necesidad del ejercicio del mismo)(38). Ello no deja de ser lógico si, tal y como hace la doctrina jurisprudencial comentada, dominante, se parte de la atribución de una potestad de discrecionalidad o arbitrio al funcionario público ante tales supuestos.

El error de derecho del funcionario es tratado, sin embargo, de forma distinta, ya que se presupone con carácter absolutamente general, la obligación por parte del fun

(38) Además de las sentencias ya citadas, también: OLG HAM, sentencia de 27.2.1973, en GA, 1973, págs.244 y sigs.(245); BAY-OLG, sentencia de 16.12.1964, en NJW, 1965, págs.1088-1089 (1089); "...Sin embargo, puede haber sido conforme a derecho el ejercicio del cargo del funcionario de policía, que retuvo al acusado que se le resistía durante el análisis de sangre, aunque dicho análisis (de alcohol en sangre) fuera ilegal porque su verificaba por un "Medizinassistent" sin inspección y responsabilidad de un médico de carrera. Al respecto depende, como es natural, de si el funcionario de policía creía estar ante un médico. Si así era el caso, entonces supuso erróneamente los presupuestos bajo los que el acusado podía ser obligado a tolerar la extracción de sangre y, en consecuencia, erró sobre los presupuestos de hecho de su autorización, con la consecuencia de que su hecho fué conforme a derecho..." (pág. 1089).

cionario de conocer la normativa por la que se rige el ejercicio de su cargo(39), lo cual, además, equivale a considerar su error de derecho, siempre, como evitable. La no afectación de este tipo de error a la antijuricidad de la conducta del funcionario, que subsiste plenamente, no llamaría la atención, dada la normativa general del error sobre la prohibición(40), a no ser por el régimen especial que se sigue con respecto al error de hecho. Al privilegiar éste, también en base a la imposibilidad de adoptar la decisión correcta en circunstancias de urgencia o incertidumbre, immanentes al ejercicio coactivo del cargo, podría pensarse que ello debe de ser igualmente aplicado al error sobre la posibilidad jurídica de su intervención (41). También la fundamentación teórica proveniente de JH LLINEK, basada en el "privilegio estatal del error"(42) podría con facilidad justificar tales conductas erróneas.

Lo cierto es, sin embargo, y dejando de lado la problemática anterior y las distintas posturas doctrinales,

(39) DREHER, StGB, parágrafo 113, 14 (pág.558); LANCKNER, StGB, Anm. 6 c dd; ESER, en Schönke-Schröder StGB Komm. (18ª) parágrafo 113, 29. Distinto en la 19ª edic.; PREISENDANZ, StGB, parágrafo 111 II 1 d (pág.452).

(40) Parágrafo 17 StGB: "Si le falta al autor, en la comisión del hecho, el conocimiento de realizar injusto, actúa sin culpabilidad, si no podía evitar ese error. Si el autor podía evitarlo, puede serle disminuída la pena según el parágrafo 49, párrafo 1".

(41) En sentido afirmativo, por estas razones: HEIMANN-TROSIEN, en "Leipziger Kommentar", parágrafo 113, Rdn. 26.

(42) "Verwaltungsrecht" (3ª edic.) pág.294.

sobre las que se incide posteriormente(43), que la jurisprudencia alemana no concede dicho tratamiento privilegiado al funcionario en casos de error de derecho(44).

2.- VALOR DIVERGENTE DE LA SENTENCIA DEL OBERLANDESGERICHT,^{Stuttgart}
de 27.VIII.1970(45).

A pesar de pretender mantenerse en la línea jurisprudencial dominante, tal sentencia incluye una interpretación de la misma bastante peculiar, que es preciso resaltar.

(43) Infra, pág. 54, nota 77.

(44) Cfr. al respecto las sentencias, ya citadas: BGHSt, 24, 125 (132); BayObLG de 16.12.1964 (NJW, 1965, pág. 1088): "Su ejercicio del cargo era objetivamente antijurídico (no conforme a derecho), si sabía que practicaba la intervención un no-médico, o era de la errónea opinión de que un "Medizinalassistent" podía sacar la prueba de sangre sin instrucción y supervisión de un médico de carrera en activo...". También: Sentencia del KG Berlín, de 28.11.1974 (en GA, 1975, págs. 213-215 (214): "El ejercicio del cargo permanece no conforme a derecho, en caso de error del funcionario ejecutor, si, por desconocimiento o incomprensión consecuente de los preceptos legales competentes para él, estima, por causas jurídicas, como existente su competencia para actuar". En los mismos términos se expresa la sentencia OLG Hamm de 24.5.1960 (en MDR, 1960, pág. 696). También OLG Hamm de 21.5.1951 (en NJW, 1951, págs. 771-772 (772): "En efecto, es sabido que la conformidad a derecho del ejercicio del cargo permanece inalterada si el funcionario yerra sobre la existencia de los presupuestos de hecho de los que depende su competencia y autorización para la intervención propia del cargo, en el caso dado. Otra cosa es si el funcionario considera existente su autorización para actuar, en base a causas jurídicas provenientes de un desconocimiento o falsa interpretación de los preceptos que le conciernen; en ese caso su ejercicio del cargo permanece no conforme a derecho".

(45) OLG Stuttgart, sentencia de 27.8.1970, en NJW, 1971, pág. 629.

El punto divergente fundamental se centra en la equiparación que se hace entre la realización positiva del "examen debido de los presupuestos de la intervención", que como se ha visto es configurado como auténtico elemento subjetivo de justificación, y la no realización del mismo, siempre y cuando no se haya producido "arbitrariedad ni abuso del cargo", ya que, en las circunstancias concretas, la realización de tal "examen conforme a deber" no habría conducido a resultados diferentes en cuanto a su actuación.

En efecto, el supuesto de hecho se refiere a un registro domiciliario, que incluye el del vehículo del acusado posteriormente de resistencia a la autoridad, hecho por un funcionario de policía en busca de una pistola que según sospecha razonable debía de poseer el sometido a registro. Ante la resistencia a que su vehículo, aparcado en el garaje particular, fuese registrado, el funcionario precede a su detención por la fuerza y al registro en el automóvil. Todo ello se realiza sin la presencia preceptiva(46) de los testigos del registro, que no tuvo resultado positivo. La misma sentencia declara que el funcionario "no había pensado" en ningún momento en la necesidad de llevar testigos del registro.

Apeyándose en el concepto penal específico de conformidad a derecho en el ejercicio del cargo, deduce el

(46) Según el parágrafo 105, párrafo 2 StPO: "Si tiene lugar un registro de la vivienda, locales de negocio, o lugar cerrado, sin presencia del Juez o del Fiscal, tienen que estar presentes, si es posible, un funcionario municipal o dos vecinos del municipio, en cuyo territorio tenga lugar el registro. Las personas presentes como vecinos del municipio no pueden ser ni funcionarios de policía ni de la policía judicial".

OLG de Stuttgart que la omisión de tal requisito no hace antijurídica la actuación del ejercicio del cargo, a pesar de suponer una infracción de un precepto legal, ya que no puede considerarse culpable al funcionario por no cumplir con los requisitos formales en tal situación(47). Al margen de lo criticable que es la terminología jurídica utilizada(48), interesa resaltar que la no realización del examen subjetivo cuidadoso, es decir, el no ejercicio positivo del arbitrio como posibilidad discrecional de elección entre varias soluciones (justas), es equiparado a su efectivo ejercicio, aunque del mismo resultase una errónea apreciación de los presupuestos objetivos de la intervención. En ambos casos, según ésta peculiar sentencia, lo decisivo es que no se produzca "arbitrariedad o abuso del cargo". Ello es constatable en la sentencia dada que no se presenta el caso de que el funcionario hubiese optado, dada la situación descrita, por renunciar a la presencia de los testigos(49), sino el de que el funcionario "no pensó" en tal requisito, es decir no ejercitó su arbitrio, o capacidad de elección.

(47) La situación que justificaría tal omisión viene dada por la representación fundamentada del funcionario de que debía proceder con urgencia al registro del vehículo para evitar que la esposa del acusado de resistencia, la cual había desaparecido tras apercibirse del registro domiciliario, pudiese hacer desaparecer la pistola de la guantera del coche. La argumentación jurisprudencial considera que el funcionario habría llegado, igualmente, a tal representación si se hubiese detenido a examinar los requisitos de su actuación. Se da por supuesto que en tales casos, el no cumplimiento del requisito en cuestión, está plenamente justificado legalmente.

(48) En este sentido, Wilfried KUPER, "Pflichtgemässe Prüfung..." cit. pág. 1683 (nota 19).

(49) Este sería, precisamente, el supuesto al que alude el parágrafo 105, párrafo 2 StPO, antes traducido, cuando señala que tendrán que estar presentes los citados testigos "si ello es posible".

Resulta fuera de toda duda, desde nuestro punto de vista, que ello nada tiene que ver con el concepto jurisprudencial penal específico de conformidad a derecho en el ejercicio del cargo, ya que si se trata de un supuesto de discrecionalidad del funcionario, la conformidad a derecho de su actuación se hace depender, precisamente, de que aquella se haya "ejercitado conforme a su deber". Si ello es así en la tesis jurisprudencial dominante, tal y como hemos visto, la presente sentencia está en absoluta contradicción con los principios desarrollados por la citada Jurisprudencia en torno a la cuestión de la conformidad a derecho del ejercicio del cargo(50). El supuesto de la sentencia sólo podría ser afrontado, si se pretende la coherencia en dicha línea jurisprudencial, desde la óptica de las consecuencias de la falta de un elemento subjetivo de justificación, tal y como ha quedado anteriormente caracterizado el requisito en cuestión.

Ello no obstante, la presente construcción jurisprudencial del OLG Stuttgart cuya fundamentación no es compartida, contiene aspectos atractivos que justifican el estudio de su "valor divergente". Porque, en efecto, la conclusión final, es decir, la doble conclusión de que la conformidad a derecho del ejercicio del cargo no ha de depender en todo caso del "examen cuidadoso" por parte del funcionario, y de que en los casos de objetiva existencia de los presupuestos de hecho de la intervención propia del cargo la no realización de dicho "examen" de los mismos no afecta a su conformidad a derecho, equivalen a dibujar

(50) Así, Wilfried KUPER, "Pflichtgemäße Prüfung..." cit. pág. 1684.

un panorama alternativo al subjetivismo del concepto penal específico, mediante la eliminación del "pflichtgemässe Prüfung" como elemento subjetivo de justificación en la causa que nos ocupa.

Ello no quiere decir, evidentemente, que se compartiera, en el supuesto concreto de la sentencia OLG Stuttgart de 27.8.1970, el resultado de la misma. Sería precisa la construcción de otro concepto de la conformidad a derecho en el ejercicio del cargo, para que pudiésemos acercarnos a una solución justa.

3.- LA DOCTRINA DOMINANTE EN ALEMANIA.

La amplia aceptación que en la doctrina alemana encuentra el concepto penal específico de conformidad a derecho del ejercicio del cargo, viene condicionada por una concepción defensista de la voluntad ejecutiva del Estado y de sus órganos ejecutores.

En efecto, es desde la óptica del funcionario frente al ciudadano como posible sujeto activo del delito de resistencia del parágrafo 113 StGB(51) desde donde empieza

(51) Parágrafo 113 StGB: "Resistencia contra los funcionarios ejecutores:

- (1) El que ofrece resistencia con violencia o amenaza de violencia a un funcionario (Amtsträger) o soldado del ejército federal, destinado a la ejecución de las leyes, reglamentos, sentencias, decisiones judiciales o diligencias, en la ejecución de una tal acción del servicio, o le agrede de hecho, está penado con privación de libertad hasta dos años, o con pena de multa.
- (2) En casos especialmente graves la pena de privación de libertad es desde seis meses hasta cinco años. Existe un caso especialmente grave, por regla general, cuando:
 - 1.- el autor u otro partícipe lleva un arma consigo para utilizarla en el hecho, o

a gestarse dicho concepto penal específico, que se sustenta sobre una problemática cuádruple: la justificación de actuaciones ejecutivas de urgencia o frente a situaciones inciertas, la necesidad de protección jurídica específica de los funcionarios ejecutores (objeto de la agresión en el citado delito), la previsión de la actuación errónea del funcionario, y, finalmente, la problemática de la legítima defensa del ciudadano frente a la actuación antijurídica de aquél.

Para ello se construye un concepto penal específico, que, en definitiva, gira en torno al requisito del "examen cuidadoso o conforme al deber" de los presupuestos objetivos de hecho de la causa de justificación.

Así, mientras dicho requisito no es reconocido mayoritariamente como elemento general subjetivo de justifica

.....2.- el autor pone en peligro de muerte o de lesión grave al agredido, mediante una acción violenta.

(3) El hecho no es punible según este precepto, si la acción del servicio no es conforme a derecho. Esto es válido, si el autor supone erróneamente que dicha acción era conforme a derecho.

(4) Si el autor supone erróneamente, en la perpetración del hecho, que la acción del servicio no era conforme a derecho, y podía evitar su error, puede el tribunal atenuar la pena según su arbitrio (parágrafo 49, 2) o prescindir de una pena según este precepto por su mínima culpabilidad.

Si el autor no podía evitar el error y no le era exigible tampoco, según las circunstancias conocidas por él, defenderse con acciones legales contra la supuesta acción del servicio antijurídica, no es punible el hecho según este precepto; si le era exigible, puede el tribunal atenuar la pena según su arbitrio (parágrafo 49,2) o prescindir de una pena según este precepto".

ción(52), si lo es, por parte dominante de la doctrina, sin embargo, para determinadas causas de justificación en las que "una acción en sí misma incorrecta objetivamente, es valorada por el ordenamiento jurídico en atención al fin perseguido por el autor y a la incertidumbre existente en el momento del hecho"(53).

En tales supuestos, en los que el autor debe hacer todo lo posible para reducir al mínimo el riesgo de una tal lesión de un bien jurídico(54), "el hecho sólo puede quedar justificado si el autor, ha llegado a la convicción de estar autorizado para la acción típica, en base a un "escrupuloso examen"(55).

Si bien, en principio, los supuestos de ejercicio del cargo a que le son aplicados tales principios se refieren a casos de disparidad entre la representación del funcionario y la realidad de hecho posteriormente comprobada en los que pudiera aparecer como "lógica" la consideración de que sólo han de estar justificadas tales conduc

(52) JESCHECK, Lehrbuch, pág. 265; LENCKNER, en Schönke-Schröder StGB Kommentar, Vor parágrafo 32, Rdn. 17 y sigs. (pág. 428); el mismo, "Die Rechtfertigungsgründe und das Erfordernis pflichtgemässer Prüfung", en Festschrift für H. Mayer, 1966, págs. 175 y 179, especialmente; HIRSCH, en Leipziger Kommentar, Tomo I, Vor parágrafo 51, Rdn. 39; SAMSON, en Systematischer Kommentar, pág. 264 (Vor parágrafo 32, Rdn. 28); WELZEL, en esp. "Der Übergesetzliche Notstand und die Irrtumsproblematik", en JZ 1955, pág. 143; recientemente, ZIELINSKI, "Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff", 1973, pág. 275.

(53) JESCHECK, Lehrbuch, pág. 265.

(54) LENCKNER, en Schönke-Schröder StGB Kommentar, vor parágrafo 32, Rdn. 19, (pág. 428); igualmente, JESCHECK, Lehrbuch, pág. 265.

(55) JESCHECK, Lehrbuch, pág. 265.

tas típicas tras la concienzuda realización de un examen de la situación(56), la verdad es que, en realidad ello constituye la afirmación de existencia de un especial y "flexible" elemento subjetivo en la causa de justificación(57), ya que ello equivale a decir que para que tales acciones estén justificadas el funcionario debe realizar el examen (subjetivo) de los presupuestos de la intervención. Cumplido este elemento subjetivo resulta intrascendente la existencia o no de la situación objetiva de justificación.

En consecuencia con ello, y partiendo asimismo del doble supuesto de que la acción del funcionario se encuentra en su ámbito de discrecionalidad, y de que por ello sólo le es exigible al funcionario que la haya ejercitado cuidadosamente, no importando su error sobre los presupuestos de hecho en tal caso, la doctrina coincide de forma dominante con las tesis jurisprudenciales señaladas(58).

(56) Así, MAURACH (Bes. Teil, pág. 637) se refiere, por ejemplo, a la detención provisional del sospechoso, posteriormente no culpable, (idem WELZEL, Das Deutsche Strafrecht, pág. 503) o no-autor, la realización de un análisis de alcohol en sangre a alguien en realidad no culpable en el choque de vehículos, embargo en vivienda falsa, etc.

(57) JESCHKECK, Lehrbuch, pág. 315.

(58) DREHER, StGB, parágrafo 113, 14 (pág. 558); también en "Das 3 Strafrechtsreformgesetz und seine Probleme", en NJW, 1970, págs. 1153 y sigs. (1158); MAURACH, Bes. Teil, pág. 637 y Nachtrag II págs. 7 y 8; BSR, en Schönke-Schröder StGB Kommentar (18ª) parágrafo 113, 28, 29 (pág. 922) distinto a la 19ª edic (parágrafo 113, 27 y sigs.); HEIMANN-TROSIEN, en Leipziger Kommentar, parágrafo 113, 25; LANCKNER, StGB Kommentar, parágrafo 113, 6 c) aa) (pág. 476; KOHLRAUSCH-LANGE, StGB Kommentar, parágrafo 113, III, 2) (pág. 328); HIRSCH, en Leipziger Kommentar, Vor Parágrafo 51, 39; JESCHKECK, Lehrbuch, pág. 315; LENCKNER,

a.- Se decía anteriormente(59) que esta conformación de la juridicidad del ejercicio del cargo tenía una problemática cuádruple en su base. La importancia y gravedad de la solución actual a la misma queda perfectamente dibujada en los supuestos de análisis de alcohol en sangre realizados por médico no titulado, tantas veces tratados por la Jurisprudencia alemana, a los que pertenece el caso hipotético del ejercicio del cargo tratado por SCHÜNEMANN en 1972(60).

..... "Die Rechtfertigungsgründe und das Erfordernis pflichtgemässer Prüfung", en Festschrift für H. Mayer, cit. págs. 165 y sigs.; GÜNTHER, "Nochmals: Der Begriff der Rechtmässigkeit einer Vollstreckungshandlung i. S. parágrafo 113, Abs. 3 StGB", en NJW, 1973, pág. 309 y sigs.; OPPE, "Rechtmässige Amtsausübung bei Widerstand gegen eine Vollstreckungshandlung", en MDR, 1961, págs. 196 y sigs.; JANKNECHT, "Verfassungs und strafrechtliche Frage zu "Sitzstreiks" ", en GA, 1969, págs. 33 y sigs. (41-42). PREISEN DANZ, StGB, parágrafo 113, II, 1 (págs. 451 y 452).

(59) Supra, pág. 42

(60) Bernd SCHÜNEMANN, "Der besondere Beitrag-Rundum betrachtet", en JA, 1972, págs. 633, 640, 703-710, y 775-786.

Supuestos muy similares se encuentran en la Jurisprudencia alemana en forma muy numerosa. De entre estas sentencias es especialmente significativa la ya citada del BGH de 17 de Marzo de 1971 (BGHSt, 24, 125; también en NJW, 1971, pág. 1097), en donde un conductor de automóvil que conducía con porcentaje de alcohol en sangre superior, aunque ligerísimamente, al autorizado, es condenado por lesiones, dada su conducta imprudente, tras un choque de automóviles, y por resistencia, habiendo sido sometido por la fuerza a un análisis de alcohol en sangre por un Medizinalassistent, en contra de lo ordenado legalmente. La sentencia mereció una agudísima crítica del juez Kurt SCHELLHAMMER, en "Blutentnahme durch Medizinalassistenten - Grundrechtsverletzung oder rechtmässige Amtshandlung, zulässiges Beweismittel oder Verwertungsverbot (zu BGH, NJW 1971, 1097)", publicado en NJW 1972, págs. 319 y sigs.

Un funcionario de policía ordena un análisis de alcohol en sangre a efectuar sobre un conductor que sin haber cometido ninguna infracción de tráfico fué conminado a detener su automóvil en un control nocturno rutinario, percibiéndose un cierto aliento alcohólico en él, y tras haberse negado el citado conductor, por no ser obligatorio, a "soplar" en el correspondiente aparato de control de alcohol a través del aliento. Una vez en el hospital a donde el conductor fué llevado, el funcionario pide a la enfermera de turno que se avise a un médico para realizar dicho análisis, tal y como exige la normativa alemana. La enfermera avisa, sin embargo a un "Medizinalassistent", quien sin ser sometido a más comprobaciones sobre su titulación por parte del funcionario (que se dirige a él como: "Sr. doctor") realiza el análisis requerido por el funcionario no sin que antes el conductor hubiere sido obligado físicamente a tolerarlo por el policía, ante su negativa a someterse al citado análisis de sangre, y tras haber sido apercibido por el funcionario de que de persistir en su actitud estaba autorizado a utilizar la fuerza física para conseguirlo. A causa de su falta de práctica el "Medizinalassistent" produjo un derrame en el brazo del sometido a análisis, que impidió que el conductor pudiese utilizarlo plenamente durante tres días lo que le produjo importantes pérdidas económicas, dada su profesión de jugador de tenis, favorite en un torneo en el que participaba en dichas fechas. De la prueba de alcohol resultó que el grado de alcohol superaba al máximo autorizado (por lo que estaba fundamentada la sospecha del funcionario de policía). Está, por ello, fuera de duda que el conductor ha incurrido en el supuesto del parágrafo 316 StGB (embriaguez en el

tráfico) entrando en discusión si, además, es punible por el delito de "resistencia" a la autoridad del parágrafo 113 StGB, cuyo presupuesto es que el ejercicio del cargo fuese conforme a derecho(61). Por ello la cuestión central es, desde una óptica penal, si el funcionario de policía actuó en el ejercicio conforme a derecho de su cargo.

Aplicando consecuentemente la jurisprudencia y doctrina dominante, concluye SCHÜNEMANN que la conducta del funcionario tendría que ser considerada "conforme a derecho", dada su competencia, el cumplimiento de las formalidades esenciales, y la consideración de que "podría tener por justificada realmente su intervención tras un examen conforme a deber" de los presupuestos de su intervención, ya que un error de hecho no debe afectar a la conformidad a derecho del ejercicio del cargo en tanto no se deba a culpabilidad grave"(62). Ello ha de basarse en la afirmación de que no puede considerarse "culpable" de su error al funcionario, ya que solicitó un médico titulado, que no objetó nada cuando era tratado como "Sr. doctor" y esto es suficiente, según el "concepto penal específico", para que su error sobre la realidad fáctica no se deba a culpabilidad, en ningún caso grave, y para que el presupuesto bási

(61) Es preceptivo en Alemania que en tales supuestos el análisis de sangre sea hecho por un médico titulado (parágrafo 81 a), párrafo 1 StPO; (Körperliche Untersuchung; Blutprobe). "Puede ser ordenada una investigación corporal del inculpado para la comprobación de hechos de significación para el procedimiento. A tal fin son legales tomas de pruebas de sangre y otras intervenciones corporales, que sean practicadas por un médico según las reglas del arte médico, para fines indagatorios, sin consentimiento del inculpado, si no es temible ningún daño para su salud".

(62) SCHÜNEMANN, ob.cit.pág.705.

co de la conformidad a derecho del ejercicio de su cargo también pueda afirmarse, ya que no puede imputársele la no realización del "examen debido" de la situación, es decir de los presupuestos objetivos de su intervención, apoyándose precisamente, en el mismo dato anterior del comportamiento del "Medizinalassistent".

Las consecuencias para el ciudadano de tal concepto específico son, sin embargo, significativas: además de haber sido sometido a un análisis de sangre objetivamente antijurídico (dado que se ha infringido el precepto que establece, y no caprichosamente, que lo realice un médico titulado), es decir, de haber soportado un ataque a su integridad corporal, además, también, de haber sufrido unas lesiones corporales, y de la pérdida económica, se hace acreedor de pena por un delito consumado de resistencia a la autoridad(63).

Con tal concepto específico no se hace, pues, más que establecer un "deber de tolerar frente a actuaciones del cargo antijurídicas no gravemente culpables"(64) que se justifica en base a la "necesidad de protección del funcionario"(65). Esta razón, y su lógica consecuencia es esgrimida con notable frecuencia, pudiéndose afirmar que con

(63) SCHÜNEMANN, Ob.cit.,pág.707.

(64) SCHÜNEMANN, Ob.cit.,pág.709.

(65) SCHÜNEMANN, Ob.cit.,pág.707. Ello hace que el propio SCHÜNEMANN se pregunte que "¿dónde queda la necesidad de protección del ciudadano?", tras catalogar la solución de tal supuesto según la doctrina y jurisprudencia dominantes, como digna de una comunidad totalitaria, incompatible con un Estado de derecho.

forma la auténtica razón de ser del concepto penal específico. Así, es curioso observar como HEIMANN-TROSTEN vinculan ambos aspectos del concepto: "Con razón se representa el punto de vista de que el error atribuible a una simple imprudencia no es suficiente para provocar la no conformidad a derecho del ejercicio del cargo; se requiere una culpabilidad grave...; se paralizaría su fuerza de decisión de forma peligrosa si su proceder fuese considerado como no conforme a derecho por ello (por una simple imprudencia)"(66). La necesidad de protección del funcionario y de fortalecer su poder de decisión es también resaltada por WAGNER(67) como la causa del concepto penal específico, y de la especial consideración de los casos de error sobre los presupuestos de hecho, y el argumento es igualmente utilizado por OPPE(68). Significativa resulta también la profusión con que se utilizó este argumento en las discusiones de las sesiones de la Comisión Especial para la reforma del Código Penal, que llevó a la consideración de que bajo el concepto estrictamente administrativo sería tan grande el riesgo del funcionario y el peligro,

(66) HEIMANN-TROSTEN, en Leipziger Kommentar, Tomo II, párrafo 113, 25.

(67) Heinz WAGNER, "Die Rechtmässigkeit der Amtsausübung-OLG Karlsruhe, NJW 1974, 2142", en JuS, 1975, págs. 224-228 (226). WAGNER considera, sin embargo, que ellos es igualmente factible sin abandonar un criterio administrativo.

(68) Wilhelm OPPE, "Rechtmässige Amtsausübung bei Widerstand gegen eine Vollstreckungshandlung", en MDR 1961, pág. 196-197.

que su iniciativa quedaría paralizada(69); de igual manera ello hace opinar a JANKNECHT que si se adoptase el cri

(69) Recogido y suscrito por DREHER, "Das 3 Strafrechtere formgesetz und seine Probleme; en NJW 1970, pág. 1158.

Cuando se alude al concepto administrativo se está incidiendo sobre aquella otra corriente doctrinal que se opone al concepto penal específico, reivindicando la aplicación al ejercicio del cargo de los criterios del derecho administrativo sobre actos defectuosos. En esta denominada "teoría estricta del derecho administrativo" la conformidad a derecho del ejercicio del cargo se definiría según la "obligatoriedad" del acto, dada la existencia de actos administrativos defectuosos, es decir antijurídicos, pero obligatorios (actos anulables), que el ciudadano tiene que "tolerar". El presente concepto de conformidad a derecho del ejercicio del cargo recibe, pues, naturaleza objetiva, fundamentalmente formal, e inevitablemente inflexible. Cfr. en esta línea, en nuestra doctrina, CEREZO, "Los delitos de atentado..." cit. págs. 339 y sigs. (349/350); LUZON PEÑA, "Aspectos esenciales de la legítima defensa", 1978, págs. 305 y sigs. (en relación con la actuación por orden y la incidencia de la causa de justificación de la obediencia debida). De la misma manera asumen la trascendencia de dicha teoría administrativa, para la delimitación del aspecto objetivo de la conformidad a derecho del ejercicio del cargo, en la doctrina alemana: Bernd BENDER, "Die Rechtmässigkeit der Amtsausübung i. S. des parágrafo 113 StGB", Diss. 1953; Volker KREY, "Strafrecht, Besonderer Teil, Tomo I, págs. 116 y sigs.; Wolfgang MEYER, "Der Begriff der Rechtmässigkeit einer Vollstreckungshandlung i. S. des parágrafo 113 Abs. 3 StGB", en NJW 1972, págs. 1845 y sigs.; el mismo, "Nochmals: Der Begriff der Rechtmässigkeit einer Vollstreckungshandlung i. S. des 113 Abs. 3 StGB", en NJW 1973, págs. 1074 y sigs. (en respuesta, además, al artículo de Hellmuth GÜNTHER, del mismo título, en NJW 1973, págs. 309 y sigs.); en la misma línea, que se viene a denominar, además y en concreto "teoría de la eficacia jurídica" (Rechtswirksamkeitstheorie), -según terminología y estudio especialmente amplio de Gerd-Steffen THIELE ("Die Rechtmässigkeit von Vollstreckungshandlungen", Diss. 1974, págs. 71 y sigs.)- cfr. también, Manfred REHBINDER, "Die Rechtmässigkeit der Amtsausübung im parágrafo 113 StGB", en GA 1963, págs. 33 y sigs.; aunque parcial y matizadamente, también STRATENWERTH, "Verantwortung..." cit.,

terio administrativo se darían consecuencias "insopportables"(70). Evidentemente frente a ese concepto administrativo estricto (objetivo) siempre se eleva el específico penal que se considera mucho más adecuado para el fin que se pretende(71).

..... págs. 138 y sigs. En relación a este concepto hay que citar también la propuesta de WELZEL, posteriormente no defendida sin embargo, en la Gran Comisión de reforma penal (Niederschriften, tomo 13, págs. 54 y sigs.(60) en el sentido de que antijurídica sería aquella intervención en el ejercicio del cargo que el ciudadano afectado no tiene que tolerar. Asimismo hay que tener en cuenta la propuesta del Ministerio alemán de Justicia, a la que se refería la de WELZEL, que entendía que la resistencia no debía ser punible por el parágrafo 113 StGB, cuando: "1. la acción del cargo o del servicio es nula o, 2. la acción del cargo o del servicio infringe efectivamente las leyes, y el afectado no puede esperar defenderse frente a ella por medios jurídicos" (Cfr. Sond A Prot, V, 2900 (2837 y sigs.)). Indirectamente cfr. también, Heins WAGNER, "Die Rechtmässigkeit der Amtsausübung"(con motivo de la sentencia OLG Karlsruhe de 8.8.1974, recogida en NJW 1974, pág. 2142), en Jus 1975, págs. 224 y sigs.

En lo que a la problemática subjetiva se refiere, la aplicación de esta teoría estricta de derecho administrativo, en su versión de la "eficacia jurídica" del acto, a la problemática del error del funcionario, convierte el citado error en insignificante para la antijuricidad, que sigue subsistiendo, en todo caso, por seguir unas coordenadas radicalmente distintas, definidas por la naturaleza del acto administrativo defectuoso. Es decir, el error del funcionario ejecutante no tendría ninguna significación, porque todo se reduce a si se realiza un acto de ejecución manifiestamente defectuoso, o no, con independencia, también, de la causa o naturaleza del error. En algunas versiones, sin embargo, se diferencian los supuestos de error de prohibición, como se verá ulteriormente.

(70) Hans JANCKNECHT, "Verfassungs- und strafrechtliche Fragen zu "Sitzenstreiks", en GA 1969, pág. 41.

(71) La dependencia del concepto penal específico de conformidad a derecho del ejercicio del cargo respecto de la.....

Con respecto al error de derecho del funcionario existe también una doctrina dominante coincidente con la ya conocida línea jurisprudencial, consistente en mantener las consecuencias generales del error de prohibición, es decir la no afectación de tal error a la antijuricidad del ejercicio del cargo(72), que subsiste, lógicamente, a pesar del mismo.

b.- El error de prohibición por parte del funcionario y la actuación por orden.

Es, precisamente, en torno a las consecuencias del error de prohibición donde surge un planteamiento diferenciado de los mismos, en función de que el funcionario ejecutor actúe por propia iniciativa o bien por orden de un superior.

El punto de partida de tal problemática viene dado por la doctrina jurisprudencial dominante sobre la juridicidad

..... finalidad de protección del funcionario, vinculada al parágrafo 113 StGB (delito de resistencia), ha sido perfectamente captada por Wolfgang MEYER en "Der Begriff der Rechtmässigkeit einer Vollstreckungshandlung i. S. des parágrafo 113, Abs. 3 StGB", en NJW 1972, págs. 1845 y sigs. (1845); "según la teoría dominante, el parágrafo 113 se propone la protección tanto de la voluntad del Estado en la ejecución, como también la protección del funcionario ejecutor en la realización de la voluntad del Estado. Por eso el concepto de conformidad a derecho en el sentido del parágrafo 113, párrafo 3 StGB, se ha de determinar sólo según puntos de vista penales, especialmente según la finalidad de protección del parágrafo 113 StGB".

(72) Cfr. WEZEL, Das Deutsche Strafrecht, pág. 503; DREHER, parágrafo 113, 14 (pág. 558); ESER, en Schönke Schröder StGB Kommentar 18ª edic. parágrafo 113, 29 (pág. 922); diferente, matizadamente, en la 19ª edic. Cfr. parágrafo 113 Rdn. 20 (pág. 996); LANCKNER, StGB Kommentar, parágrafo 113, 6 o) dd) (pág. 477).

de la actuación ejecutiva por orden, perfectamente sintetizada en la sentencia del KAMMERGERICHT de 15-12-1971(73), cuyos postulados son reconocidos como absolutamente dominantes(74). Dice la sentencia: "Un funcionario de policía actúa siempre conforme a derecho, si ejecuta en forma legal del servicio una orden dada por el superior competente territorial y funcionalmente, no manifiestamente antijurídica, en la confianza de su conformidad a derecho. Por regla general el subordinado no está autorizado ni obligado al examen de la conformidad a derecho de la orden".

Sin pretender profundizar en la extensísima problemática de la actuación por orden, lo que supera los límites de este trabajo, llama la atención tal doctrina por suponer una nueva formulación, válida para supuestos importantísimos, de los efectos del error de prohibición desde la óptica del concepto penal específico.

En efecto ello quiere decir, en expresión de WAGNER, que "si yerra el superior sobre la situación jurídica y ejecuta él mismo, actúa antijurídicamente en el sentido del parágrafo 113 StGB. Pero si no ejecuta él mismo, sino que ordena a su subordinado la ejecución, entonces la acción de ejecución de éste es conforme a derecho, siguiendo la jurisprudencia y doctrina dominantes, si ejecuta la orden recibida en la forma legal y confiando en su confor

(73) KG, sent. 15-12-1971, en NJW 1972, pág.781 y sigs. Comentario de ROSTEK en la misma revista, págs. 1335 y sigs.

(74) Por todos, DRUEHER, parágrafo 113, 15 (pág. 558). Antes, también, STRATENWERTH, "Verantwortung und Gehorsam, 1958, pág. 191.

midad a derecho"(75).

Dicho de otra forma, el error de prohibición de un funcionario que no ejecuta, dada su jerarquía, directamente el acto, no altera la juridicidad del ejercicio del cargo del funcionario ejecutante. que en él se basa, con lo que, en tales supuestos, adquieren un tratamiento idéntico el error sobre los presupuestos objetivos de la causa de justificación y el sobre la prohibición(76) (siempre y cuando ambos existan a pesar del "examen conforme a deber" de los presupuestos objetivos de la orden hecho por el superior, lo cual no está en discusión en este momento), y sólo en casos de actuación ejecutiva en el ejercicio del cargo por propia iniciativa, el error de derecho se mantiene en su "terreno" de la culpabilidad" no confiriendo juridicidad a la misma(77).

(75) Heinz WAGNER, "Die Rechtmässigkeit..."cit.pág.225.

(76) HEIMANN-TROSIEN, LK, Tomo II, parágrafo 113, 27.

(77) Existe una doctrina minoritaria, representada por HEIMANN-TROSIEN, LK, Tomo II, parágrafo 113, 26 (anteriormente, en la 8ª edición de los mismos, WERNER, parágrafo 113, V, 3 a)); MAURACH, Bes. Teil, pág.637, y Nachtrag II, pág. 8, y por STRATENWERTH, en "Verantwortung und Gehorsam, pág. 190, que considera que el error de derecho no debe ser diferenciado con respecto al error de hecho, en la causa de justificación del ejercicio legítimo del cargo, confirmando ambos juridicidad a la conducta del funcionario que ejercita su arbitrio conforme a deber. Al respecto HEIMANN-TROSIEN sostiene que no existe ningún fundamento para tal diferenciación, recordando que el argumento de la urgencia e incertidumbre del momento de tomar una decisión en el ámbito del ejercicio coactivo del cargo, que justificaba que el error sobre los hechos no alterase la juridicidad de la conducta, es igualmente aplicable al supuesto de la errónea suposición de la legalidad de la conducta interventiva. En este mismo sentido se expresa PINGER (Strafrechtssonderausschluss des Bundestages. Protokolle, VI,pág.306).

Ello, es consecuencia ineludible de la doctrina reseñada, sin que para esto sea obstáculo una interpretación amplia del término "confiando en la conformidad a derecho de la orden", que permitiese un entendimiento del mismo vinculado al "examen debido de los presupuestos de su intervención", en vez del normalmente aceptado que lo refiere a la "buena fe" del funcionario(78). Tal interpretación amplia, que está explícitamente negada en el texto de la sentencia aludida, permitiría que el funcionario ejecutor, para ejercitar conforme a derecho su cargo, siguiese obligado a realizar un examen de los presupuestos fácticos y jurídicos(79) de su intervención, en pura coherencia con el concepto penal específico(80). Tal "deber" se limitaría no obstante al examen de la forma de ejecutar la orden conforme a la realidad por él conocida, a las formalidades requeridas, y a la legalidad formal de la orden,

..... MAURACH alude también a que "las representaciones jurídicas defectuosas no siempre excluyen la conformidad a derecho de la actuación" (aunque ello sea la norma general), en base a la necesidad de "intervenciones inmediatas". Para STRATENWERTH, ello viene referido exclusivamente a los efectos de un tal error frente a la resistencia del ciudadano, tratando de forma distinta, sin embargo, el error de derecho del funcionario que actúa por propia decisión, y del que actúa por orden de un superior. (Cfr. infra. págs. 59 y sigs.). En el fondo de todos ellos subsiste el añejo argumento de JELLINEK del "privilegio estatal del error".

(78) En sentido crítico, STRATENWERTH, "Verantwortung..." cit. pág. 191.

(79) JESCHECK, Lehrbuch, pág. 315.

(80) En este sentido, Holger ROSTEK, "Anmerkung zu Entscheidung KG, 15-12-1971, cit. pág. 1336.

cifrada fundamentalmente en la competencia territorial y funcional del superior, sin que su "deber" se pueda extender a la jurisdicción material de la orden no manifiestamente antijurídica.

Dicho error de prohibición, equiparado a efectos del delito de resistencia al error sobre la situación fáctica del funcionario que no ejecuta directamente el acto, no produce evidentemente efectos "generales" de jurisdicción de su conducta, pero si, y ello es grave, frente al ciudadano que se resiste a la ejecución, ya que en relación con el parágrafo 113, StGB la actuación del cargo del funcionario ejecutante era perfectamente "conforme a derecho" y en consecuencia la conducta del ciudadano delictiva.

4.- LA TEORIA DE STRATENWERTH: El punto de partida para la crítica al concepto penal específico.

Si se destaca la opinión de STRATENWERTH(81), es por dos razones fundamentales: por partir de una "aceptación del "examen conforme a deber" de los presupuestos objetivos de la intervención por parte del funcionario como elemento de la jurisdicción de ejercicio del cargo, y por introducir elementos en su análisis provenientes del derecho administrativo, logrando fundamentar el concepto de conformidad a derecho de ejercicio del cargo frente a la resistencia del ciudadano de forma sugestiva.

En efecto, STRATENWERTH toma como punto de partida la teoría desarrollada por WELZEL en torno a los delitos del

(81) Expuesta extensamente en su escrito de habilitación "Verantwortung und Gehorsam", Tübingen 1958, ya citado.

cargo, según la que si el funcionario ha procedido según un examen conforme a deber de la circunstancia, su acción sólo es antijurídica, si su examen de las circunstancias objetivas era "contrario al deber" y no simplemente si era objetivamente incorrecto(82). La antijuricidad, pues, depende directamente, además de la realización del tipo objetivo y subjetivo, de la "contrariedad a deber" en el examen de las circunstancias de hecho, lo que dicho en forma positiva equivale a afirmar el principio de que "la actuación del funcionario conforme a deber "es siempre conforme a derecho"(83). Ello requiere una fundamentación, ya que en principio conlleva, como el mismo STRATENWERTH, señala, que los casos de error sobre la situación justificante son solucionados en el terreno de la antijuricidad, es decir, de su exclusión, en lugar de en el de la culpabilidad, sin que ello sea debido a la aceptación de la teoría de los elementos negativos del tipo, para la que tales casos son resueltos en la exclusión del dolo por tratarse de un error sobre el tipo.

a.- Para conseguir la fundamentación necesaria dice STRATENWERTH, no es válido el argumento hasta ahora manejado de que el examen o interpretación de los presupuestos de hecho de la intervención pertenece al "margen de discrecionalidad" del funcionario, al que, en consecuencia sólo puede exigírsele que ejercite debidamente su "arbitrio". Para el derecho administrativo sólo es concebible ese "ámbito de discrecionalidad" (Ermessensspielraum) cuando la

(82) WELZEL, "Das Deutsche Strafrecht", pág. 503.

(83) STRATENWERTH, "Verantwortung..." cit., pág. 171.

ley concede para la realización de un tipo determinado, diversas posibilidades de solución igualmente valoradas jurídicamente. Se trata en tales supuestos de conceder una auténtica "discrecionalidad de acción" (Handlungsermessen). No ocurre ello, prosigue STRATENWERTH, en los supuestos aludidos de interpretación de los presupuestos de hecho fijados legalmente para una actuación en ejercicio del cargo, ya que ello constituye una "cuestión de derecho", es un supuesto de "aplicación del derecho" (Rechtsanwendung) en la que no existe tal posible discrecionalidad; de existir "discrecionalidad" sería "discrecionalidad de parecer, o de juício" (Urteilsermessen), no reconocida en la moderna jurisprudencia y doctrina administrativa. Se trata de casos de aplicación de los llamados "conceptos jurídicos indeterminados" que nada tiene que ver con un margen de actuación no enjuiciable, tal y como pretende la doctrina y jurisprudencia dominantes con su "concepto penal específico" (83bis).

La fundamentación es posible, sin embargo, a pesar de renunciar al argumento de la discrecionalidad o arbitrio del funcionario desde la teoría del injusto personal.

b.- En efecto, es desde la consideración de que la antijuricidad penal requiere más que la simple realización de un "desvalor objetivo" (Sachverhaltsunwert), más que la simple constatación de la causación de un resultado, exigiendo, (además) la constatación de un "desvalor de la acción" (Handlungsunwert) (84), desde donde se puede llegar a comprender la identificación aludida en un principio entre

(83 bis) STRATENWERTH, "Verantwortung..." cit., págs. 172-173.

(84) STRATENWERTH, "Verantwortung..." cit. pág. 175.

"actuación conforme a deber" y "conformidad a derecho" de la misma.

La especificidad de los supuestos de ejercicio del cargo consiste en que su desvalor de la acción no viene constituido por el dolo del hecho, ya que precisamente el funcionario está obligado a intervenir en tal sentido(85); su desvalor de la acción viene constituido, precisamente, por la contrariedad a deber en el examen de la situación objetiva(86). Es desde aquí, desde donde se puede comprender el tratamiento del error sobre los presupuestos de hecho de la justificación en el terreno de la exclusión del injusto y no simplemente de la culpabilidad.

c.- En cuanto al error sobre la prohibición del funcionario, distingue STRATENWERTH claramente los supuestos de actuación por decisión propia, de los de actuación por orden de un superior.

(85) Al respecto razona STRATENWERTH que su derecho de intervención no debe representarse como una autorización para sobrepasar una "norma de prohibición", sino como una "norma de mandato o imperativa" (Gebotsnorm): "una medida de autoridad ordenada por las normas del derecho público es, por eso, fundamentalmente conforme a derecho desde el principio, como cualquier otra medida que esté en concordancia con el ordenamiento, es un hecho legal, de la vida de la sociedad, y por ello no está en absoluto prohibida penalmente".(ob.cit.pág.177).

(86) "El reproche de actuar contrariamente al deber, presupone, en actuaciones de la autoridad, más que el simple conocimiento de los elementos penales del tipo. Aquí es necesario al menos, que el funcionario incurra en una lesión del cuidado ordenado al suponer que se deba la situación para su intervención. Si llega a la conclusión, a causa de un examen conforme a deber, de que su intervención estaba objetivamente fundada, no es, entonces, suficiente su conocimiento del tipo para caracterizar esta intervención como injusto penal, porque falta cualquier desvalor de la acción".("Verantwortung..."cit. pág.177).

La primera matización importante a tener en cuenta es que la atribución de jurisdicción a la conducta del funcionario que actúa por propia decisión en error sobre la prohibición (al igual que el que actúa en error sobre la situación objetiva de justificación pero no "contrariamente a deber") se refiere a la posible acción de resistencia o legítima defensa del ciudadano.

El segundo aspecto a resaltar es que STRATENWERTH se mueve constantemente en el terreno del derecho administrativo, en especial en el de los actos administrativos defectuosos, y muy concretamente en el de los actos administrativos antijurídicos pero obligatorios (anulables), siendo precisamente este un aspecto fundamental en la teoría de STRATENWERTH y, en general, en la problemática objetiva de la conformidad a derecho de ejercicio del cargo. Para él, la posibilidad de autorizar la defensa violenta frente a cualquier falta material o jurídica, aunque el acto administrativo sea obligatorio, es basarse en la anarquía como principio(87).

La concepción subyacente a ello es conocida como "teoría de la eficacia jurídica" (Rechtswirksamkeitstheorie), que cifra la jurisdicción de la conducta del funcionario en el "deber de tolerar" (Duldungspflicht) por parte del ciudadano, y que en consecuencia establece dicho deber frente a los actos anulables, siendo exclusivamente lícita la resistencia frente a actos nulos de la Administración(88).

(87) "Verantwortung...", cit. pág.190.

(88) Es coincidente, por tanto, con la denominada "teoría estricta de derecho administrativo", ya conocida (ver supra nota 69 pág. 50/51).

Partiendo, pues, de los presupuestos teóricos señalados, STRATENWERTH reconduce el acto antijurídico del funcionario que actúa por decisión propia en error sobre la prohibición, hacia la "eficacia" u "obligatoriedad" del mismo frente al ciudadano, siendo posible por tanto que dicho acto antijurídico sea al tiempo "obligatorio" por ser simplemente anulable y "jurídico" o "Conforme a derecho" en el sentido del parágrafo 113 StGB ya que la resistencia frente a él es punible(89).

No ocurre lo mismo, sin embargo, cuando el funcionario actúa por decisión ajena, es decir, por orden de un superior, ya que en tales casos el "deber de examinar" (Prüfungspflicht) es un deber limitado por jugar, en principio, la presunción de legalidad del acto a ejecutar(90). Ello quiere decir que si bien se exige, en principio, para la conformidad a derecho de la acción de ejecución que lo sea también la orden a ejecutar, esta lo es (aunque esté objetivamente infundada) según el "examen debido" de la situación(91). El funcionario ejecutor sólo actuará antijurídicamente, en el sentido de que el ciudadano no tendrá que tolerar la situación de hecho, si conoce positivamente que según la situación de hecho la acción típica penal a ejecu

(89) "Verantwortung..." cit. pág. 190-191. De esta forma son equiparados el error de derecho y el de hecho en el terreno de la exclusión de la antijuricidad, lo que justifica que STRATENWERTH se encuentre entre quienes mantienen esta opinión minoritaria. (cfr. supra pág. nota 77).

(90) "Verantwortung..." cit. págs. 178-180.

(91) STRATENWERTH, "Verantwortung..." cit, pág. 191.

tar por él es antijurídica o bien si su acto a ejecutar es nulo, (92), ya que su "deber de examinar" viene limitado, en caso de conocer la situación de hecho a la valoración de la posible antijuricidad penal de la misma (93).

Por otro lado es evidente desde la óptica de STRATENWERTH en relación a la "eficacia" del acto administrativo, que frente a la ejecución de un mandato nulo la resistencia es siempre posible, por lo que el error de prohibición del funcionario, que lo ejecuta en la creencia de buena fe de que es obligatorio, es exclusivamente relevante para su culpabilidad, pero no para la antijuricidad del ejercicio del cargo (94).

En ambos supuestos, pues, el error se sustancia en un error de prohibición; en caso de conocer la situación de hecho porque su "deber" es no ejecutar una orden que contraviene a la ley penal, y si la ejecuta o bien actúa antijurídicamente por actuar "contra su deber", o bien actúa en error de prohibición (subsistiendo el injusto penal), excluyente, en caso de ser inevitable, de su culpabilidad; y en el caso de no conocer la situación que fundamenta la antijuricidad del mandato y ser éste nulo, porque su error versa sobre la obligatoriedad del mismo frente al ciudadano.

(92) STRATENWERTH, "Verantwortung..." cit. págs. 180 y 194.

(93) STRATENWERTH, "Verantwortung..." cit. págs. 179-180 y 193. En tal caso lo reprochable no es haber descuidado un deber de examinar la situación, sino actuar a pesar de conocerla. Si no la conoce, no tiene ningún deber de examinarla.

(94) STRATENWERTH, "Verantwortung..." cit. págs. 193-194.

Conviene, a la hora de iniciar la crítica a los distintos elementos que constituyen el llamado "concepto penal específico" de conformidad a derecho en el ejercicio del cargo, (también a la interpretación de STRATENWERTH), dividir en varias partes la misma. Pero ello es útil seguir metodológicamente la teoría de STRATENWERTH, profundizando en cada uno de los aspectos allí recogidos.

CAPITULO I

LA CUESTION DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA REFERIDA AL SUPUESTO DE HECHO O PRESUPUESTOS TIPICOS OBJETIVOS DE LA INTERVENCION COACTIVA EN EL EJERCICIO DEL CARGO.

SUMARIO

- I.- Planteamiento. - Discrecionalidad administrativa y margen de apreciación; la recuperación de la doctrina administrativa sobre la discrecionalidad y el "margen de apreciación" (Beurteilungsspielraum) por parte de la doctrina penal y su aplicación al concepto de conformidad a derecho del ejercicio del cargo.
- II.- La delimitación de la "libre discrecionalidad": Las condiciones para una coexistencia entre discrecionalidad administrativa y Estado de Derecho. - La libre discrecionalidad como discrecionalidad "conforme a deber" en JELLINEK y su desarrollo doctrinal ulterior. - La construcción jurídica de OSSENBUHL: la discrecionalidad como "actividad accesorio de la Ley", como libertad de elección normativamente vinculada, y como "discrecionalidad de acción", localizada o referida a la consecuencia jurídica en la norma. - La confirmación de la discrecionalidad de acción en la doctrina administrativa dominante.
- Los defectos judiciales de discrecionalidad: el exceso y el uso defectuoso de la discrecionalidad (arbitrariedad y abuso de discrecionalidad). - CONCLUSIONES PARCIALES.

III.- Los conceptos jurídicos indeterminados y el "margen de apreciación"

1.- La teoría de los conceptos jurídicos indeterminados.- Fundamento.- Su reconocimiento en España.

1.1.- Naturaleza de los conceptos jurídicos indeterminados:

- a) El "núcleo" y el "halo" del concepto.- Conceptos de experiencia y conceptos de valor.
- b) La indeterminación o normatividad como base de la atribución de discrecionalidad y los conceptos "normativos-subjetivos", especialmente en ENGISCH: su interpretación a la luz de su teoría lógica sobre la aplicación de la Ley.- Bases para las teorías de los "Koppelungsvorschriften" y del "Beurteilungsspielraum".

1.2.- La óptica del "quis iudicabit?".

CONCLUSIONES

2.- La teoría del "margen de apreciación".

- a) Las formulaciones iniciales en la doctrina: especialmente Klaus MEYER, BACHOF y ULE.
- b) La Jurisprudencia alemana y el "margen de apreciación":
 - b.1. Conceptos jurídicos indeterminados y discrecionalidad hasta 1955.
 - b.2. La "prerrogativa de estimación" o "Eingehätzungsprerogative" y su pretendida generalización.- Crítica.

b.3. Los "Koppelungsvorschriften" en las innovadoras sentencias BVerwG de 16.12.1971 y GS de 19.10.1971.- La cuestión de los "Kann-Vorschriften" que encubren auténticos mandatos.- Crítica.- La reconducción de la problemática de los "Koppelungsvorschriften" hacia la argumentación de la inexistencia de "una só la decisión justa" o "correcta" y el retorno al "margen de apreciación".- La recuperación de la "discrecionalidad cognitiva" en la doctrina administrativa alemana.- Crítica.- CONCLUSION.

b.4. Las "decisiones de pronóstico o pronóstico" (Prognoseentscheidungen) y los "tipos o categorías de sospecha" (Verdachtstatbestände).- Reducción dogmática.

c) CONCLUSIONES.

3.- El ámbito de discrecionalidad y el "margen de apreciación" en relación al "orden público":

- a) Las "decisiones para la evitación de peligros para el orden y la seguridad públicas" (Gefahrenabwehrentscheidungen), la cláusula general de Policía y la normativa española.
- b) El concepto de "peligro" para el orden o la seguridad públicas como concepto normativo-subjetivo de probabilidad y su ordenación entre las decisiones de pronóstico y consiguiente reconocimiento de un "márgen de apreciación".- Crítica.- La confluencia con el "concepto penal espe

cífico" de conformidad a derecho del ejercicio
del cargo.

c) CONCLUSIONES.

4.- CONCLUSIONES PARCIALES.

CAPITULO I

LA CUESTION DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA REFERIDA AL SUPUESTO DE HECHO O PRESUPUESTOS TIPICOS DE LA INTERVEN- CION COACTIVA EN EL EJERCICIO DEL CARGO.

I.- Planteamiento.- Discrecionalidad administrativa y mar- gen de apreciación.

Aunque de naturaleza minoritaria, ya que, como se ha visto, la jurisprudencia y doctrina dominantes se mueven en el terreno de concepto penal específico de conformidad a derecho del ejercicio del cargo, existe un cualificado sector en la doctrina penal alemana que establece un puente de unión entre su propia concepción minoritaria de la conformidad a derecho del ejercicio del cargo y la teoría dominante en derecho administrativo sobre la discrecionalidad de la Administración y el margen de apreciación de sus funcionarios, sin que ello signifique, su adscripción unánime ni incondicional a las denominadas "teorías administrativas" que definen, como se vió, tal concepto desde la óptica exclusiva de los actos administrativos defectuosos y el "deber de tolerar" que tiene el ciudadano con respecto a los denominados actos estatales antijurídicos obligatorios (anulables). Interesa pues, destacar ahora de estas aportaciones doctrinales su crítica a la "arbitrariedad" que supone la utilización hecha por los tribunales penales alemanes y doctrina dominante, de un concepto específico del derecho administrativo, como es el de discrecio

nalidad, renunciando, sin embargo, a aceptar la teoría jurisprudencial y doctrinal administrativas dominantes sobre el mismo: parece como si los tribunales penales se hubiesen quedado anclados en una concepción de la discrecionalidad administrativa actualmente profundamente superada.

Así, ROXIN, SCHÜNEMANN y, HAFFKE, desvelan, a través de una investigación que dentro de sus actividades académicas realizaron sobre el concepto de conformidad a derecho en el ejercicio del cargo, con referencia específica al delito de resistencia(1), cómo el concepto penal específico desconoce, entre otras cosas, que los presupuestos de hecho de una acción del cargo no están entregados, en ningún caso, a la discrecionalidad del funcionario, según la teoría dominante sobre la discrecionalidad administrativa(2).

En términos semejantes, y más matizados, se expresa el propio SCHÜNEMANN, de nuevo, con manifiesta intención crítica frente al denominado "concepto penal específico de conformidad a derecho del ejercicio del cargo, cuando en otro supuesto manifiesta que "según la actual doctrina, in contestada, de derecho público, la forma y el ámbito de la actividad propia del cargo pueden "situarse" en la discrecionalidad del funcionario, pero en ningún caso sus presupuestos típicos. Con respecto a estos vendría al caso

(1) ROXIN / SCHÜNEMANN/HAFFKE, "Strafrechtliche Klausuren lehre mit Fallrepetitorium", 1973, caso n° 20 (págs. 333-347), referido a una ejecución provisional de un embargo.

(2) ROXIN/SCHÜNEMANN/HAFFKE, ob.cit.pág.346.

simplemente un "margen de apreciación" que, sin embargo -y en esto consiste la innovación objetiva decisiva- sólo es concedido excepcionalmente por la jurisprudencia"(3).

En el mismo sentido entiende THIELE que "en realidad no existe discrecionalidad general en la ejecución de acciones propias del cargo, desde luego en ningún caso, respecto a los presupuestos típicos, al "sí" en general, de una facultad de intervención. Al respecto existe, en casos excepcionales, un "margen de apreciación" y, en su caso, una discrecionalidad referida a la parte de la consecuencia jurídica(4). Por su parte OEHLER recoge la argumentación ya manejada en la doctrina penal, como se vió, por STRATEN-WERTH, y que subyace a todas las opiniones recogidas anteriormente, de las diferencias existentes entre la discrecionalidad, que se define como "discrecionalidad de acción" (Handlungsermessen), es decir, referida a la consecuencia jurídica, y el "margen de apreciación" que no es discrecionalidad, y que vendría al caso cuando el funcionario tiene que aplicar un concepto indeterminado de la ley ubicado en el tipo o, raramente, en la consecuencia jurídica(5). La utilización ~~utilización~~ de ésta teoría administrativa es válida para el citado autor en tanto que pretende la superación, por la vía de la síntesis, de las dos posturas sobre la conformidad a derecho del ejercicio del cargo que él enfrenta como extremas: la jurisprudencial, según la

(3) Bernd SCHÜNEMANN, en JA 1972, pág. 708.

(4) Gerd-Steffen THIELE, "Zum Rechtmäßigkeitsbegriff bei parágrafo 113, Abs. 3 StGB", en JR, 1975, pág. 354.

(5) Dietrich OEHLER, "Handeln auf Befehl", en JuS 1963, pág. 302.

cual "decide en último término sobre la cuestión de la conformidad a derecho (y con ello sobre la resistencia contra la fuerza del Estado) la bona fides del funcionario referente a la situación de hecho"(6), y la expresada por LIS ZT-SCHMIDT, cifrada por el contrario en la absoluta objetividad. "Lo decisivo para la conformidad a derecho es, prosigue OEHLER, "la conformidad objetiva a deber ex ante, bajo el empleo del conocimiento subjetivo de cada cual"(7).

El punto definitivo de unión con la problemática penal que plantea la subjetivización del concepto de conformidad a derecho del ejercicio del cargo, queda puesto de manifiesto a través de la opinión, igualmente crítica de REHBINDER. En efecto, señala este autor como la dinámica doctrinal ha conducido a la resolución de la problemática del error del funcionario en el terreno de la antijuricidad, y no en el de la culpabilidad, al considerar, precisamente, que tal conformidad a derecho se consigue a través del ejercicio conforme a deber de la discrecionalidad, es decir, dependiendo del examen conforme a deber dentro del ámbito de la discrecionalidad. Lo cierto es que lo que realiza el funcionario cuando examina "si alguien es sospechoso de un hecho penal... o si existe un peligro para la seguridad o el orden público"(8), prosigue REHBINDER, no es tomar una decisión discrecional, que requeriría la posibilidad de

(6) OEHLER, "Handeln..." cit. pág.302.

(7) OEHLER, "Handeln..." cit. pág.302. La argumentación in extenso es: "El funcionario tiene que haber considerado como existentes los presupuestos para su intervención bajo la utilización objetivamente conforme a deber de todo su conocimiento en el momento de su intervención".

(8) Como se verá posteriormente, la equiparación entre ambos supuestos resulta criticable. (Ver, infra, pág. 177).

varias decisiones igualmente valoradas jurídicamente, si-
no concretizar conceptos jurídicos indeterminados: "si el
funcionario llega a la conclusión, según un exámen confor-
me a deber, de que la persona en cuestión es sospechosa
de un hecho punible, o de que produce un peligro para la
seguridad pública o el orden, no le queda en tal caso nin-
guna elección: tiene que intervenir. Al funcionario eje-
cutor no le está concedida ninguna auténtica discrecional-
idad"(9). No tiene por qué deducirse de esto, sin embar-
go, desde nuestro punto de vista, ni la subjetivización
de las apreciaciones señaladas, ni la exclusión o limita-
ción del conocimiento de los tribunales de las apreciacio-
nes de hecho y de derecho que fundamentaron la decisión.
El hecho de que "tenga que" intervenir no delimita forzo-
samente la juridicidad de una intervención, ya que esta o-
bligatoriedad puede estar individualmente definida, lo
cual tendría significación indiscutible de cara a su cul-
pabilidad(10), pudiendo, sin embargo, permanecer su inter-
vención como antijurídica por infracción del deber objeti-
vo de cuidado. En lo que de específico tienen los supues-
tos ejemplificadores utilizados por REHBINDER, cabe decir,

(9) REHBINDER, "Die Rechtmässigkeit der Amtsausübung im pa-
rágrafo 113 StGB", en GA 1963, pág. 39. En este mismo sen-
tido se pronunció revientemente Gerd SCHMIDT-EICHSTADT
(ver, infra, pág. 144) al considerar la ruptura del prin-
cipio de legalidad que supone argumentar la posible discre-
cionalidad de la consecuencia jurídica en normas que sólo
aparentemente son "normas de poder" (Kann-Vorschrift), y
que en realidad son imperativas.

(10) Cfr. JAKOBS, "Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt",
1972, págs. 64 y sigs. (68); STRATENWERTH, AT, I, pág. 301
(Rdn. 1097); SAMSON, en SK, AT, I, Ahn. zu parágrafo 16,
13 y sig.

eso sí, aceptando asimismo sus conclusiones al respecto, que la valoración judicial de la necesidad de la intervención habrá de hacerse lógicamente, "ex ante", es decir valorando las situaciones tal y como se le presentaron al funcionario en cuestión, es decir, tal y como eran objetivamente cognoscibles.

Así, ESER(11) parte del mismo presupuesto crítico frente a la utilización mayoritaria del argumento de la discrecionalidad administrativa y sitúa, por tanto, la problemática en el llamado "ámbito o margen de apreciación" del funcionario. Desde este punto de vista aparece claro para este autor, que ello conlleva la sustitución del concepto "subjetivizado" de la conformidad a derecho del ejercicio del cargo, (según la cual esta dependía del "examen de tenido de la situación, en el ámbito de la capacidad individual de cada funcionario) por uno cifrado en criterios objetivos, es decir según el nivel exigible a un funcionario sensato de su misma categoría en una situación semejante.

El juez Kurt SCHELLHAMMER, se une también a esta corriente crítica frente a la "peculiar" utilización hecha en sede del derecho penal del concepto de discrecionalidad,

(11) En "Schönke-Schröder StGB Komm" (19*), parágrafo 113, 27 (pág. 996). Resulta especialmente significativo el cambio de opinión operado en ESER, en el sentido de recoger las aportaciones más interesantes, a mi entender, de la doctrina crítica frente al concepto penal específico tal y como se entiende predominantemente. Cfr. su opinión anterior, en "Schönke-Schröder StGB Komm." (18ª edic.) parágrafo 113, 28 y sigs. (pág. 922).

que permite establecer un concepto específico de la anti-juricidad de la acción realizada en el ejercicio del cargo, a través de su ya citada crítica a la sentencia BGH de 17-3-1971(12), cuyo supuesto de hecho se refiere a los ya conocidos casos de realización ilegal de un análisis de alcohol en sangre. La interpretación hecha por los tribunales penales de que el ejercicio de cargo debe subsistir como conforme a derecho si la contravención a la ley se debió a un error sobre los hechos no culpable por parte del funcionario, "trabaja con un concepto anticuado de discrecionalidad"(13) no mantenido ya por los tribunales administrativos: "discrecionalidad es "discrecionalidad de acción", no libertad para la interpretación de la realidad o la aplicación del derecho. Sólo en casos excepcionales existe un margen de apreciación..."(14). Por lo demás queda claro para SCHELLHAMMER que el ordenamiento jurídico es una unidad,(15) que no admite que lo que está prohibido por el or

(12) Kurt SCHELLHAMMER, "Blutentnahme durch Medizinalassistenten", en NJW 1972, págs. 319 y sigs.

(13) SCHELLHAMMER, ob.cit. pág. 319.

(14) SCHELLHAMMER, ob.cit. pág. 319.

(15) El argumento de la unidad del ordenamiento jurídico, fundamentado por ENGISCH ("Die Einheit der Rechtsordnung", 1935), ha sido, además, profusamente utilizado por los defensores de las denominadas "teorías administrativas" del concepto de conformidad a derecho del ejercicio del cargo. Cfr. Wolfgang MEYER, "Der Begriff der Rechtmässigkeit einer Vollstreckungshandlung i. S. des 113, Abs. 3 StGB", en NJW 1972, pág. 1846/1847.

dinamiento administrativo o procesal, pueda estar autorizado por el penal(16).

Existe, pues, en resumen, una crítica doctrinal al requisito fundamental del concepto penal específico de conformidad a derecho del ejercicio del cargo, que pretende apoyarse, precisamente en la teoría administrativa de la discrecionalidad y del margen de apreciación. La aproximación a ésta teoría aparece como inevitable.

Desde una perspectiva general la justificación de la profundización en la misma viene constituida por la necesidad de responder a la pregunta de si es posible, cuándo y con qué límites, hablar de una capacidad de "libre decisión administrativa" no sometida a ulterior examen judicial?. Tal necesidad de respuesta surge como inevitable ante la construcción, ya conocida, que concede tal capacidad de libre decisión referida, incluso, a los propios presupuestos fácticos, objetivos o materiales, en todo caso típicos, de una actividad administrativa que conlleva ingerencia en los derechos de los particulares. Ante tal coyuntura sólo cabe adoptar dos posturas: o bien ello viene avalado por la propia normativa y doctrina jurisprudencial y científica administrativa, o bien, en caso contrario, ha de considerarse tal concesión como "excepcional". Pero, naturalmente, una postura como la última señalada requiere también su propia fundamentación, para que tal designación de "excepcional" no aparezca, a su vez, como "arbitraria";

(16) Se refiere SCHELLHAMMER a que la realización de una prueba de sangre por un médico no titulado, no puede estar prohibida procesalmente (parágrafo 81, párrafo 1 StPO), y al tiempo autorizado penalmente /parágrafo 113 StGB).

esta fundamentación tiene que buscarse, por su parte, en la normativa y doctrina administrativa. La profundización en ellas es, pues, inevitable. Otra cosa, que no altera para nada la validez de lo anterior, es si desde una óptica penal es posible fundamentar una concesión de libre de cisión como la citada. Los argumentos serán otros, estric tamente penales esta vez, que difícilmente podrán suplan-
tar a la teoría administrativa de la discrecionalidad, pen sada, como su propia formulación deja entrever, en torno a la regulación de la actuación de la Autoridad, sus agen tes y en general de los funcionarios públicos.

Expresado en términos generales puede decirse que la problemática a que hacemos referencia es doble, por refe-
rirse a la interpretación y a la aplicación o subsunción de conceptos jurídicos contenidos en el tipo. En forma ejemplificada quiere ello decir que el funcionario que está facultado para intervenir en el ejercicio de su car-
go o cumplimiento de su deber en una forma determinada, ante un supuesto de "alteración del orden público", por ejemplo, se encuentra con la doble problemática de conocer la "interpretación" del propio concepto de "orden público" y de "aplicar" tal concepto a la realidad por él conocida, es decir, de subsumir en el concepto la situación de hecho. Ello ocurre igualmente cuando el concepto a interpretar y aplicar es de carácter meramente fáctico. En estos casos, sin embargo, la constatación del concepto o presupuesto tí-
pico no requiere un juicio de valor, por ser descriptivo, aunque sí puede requerir una interpretación y aplicación (qué se entiende por "durante la noche", en sentido le-
gal). En los primeros, sin embargo, la emisión de un juí

cio de valor es inexcusable, ya que su carácter es puramente normativo(17).

Pues bien, visto esto, a modo de introducción muy general, es preciso responder a la pregunta de si la interpretación y aplicación de tales conceptos, auténticos presupuestos típicos, es cuestión de discrecionalidad administrativa, o no. Ello equivale a preguntarse, si en supuestos de ejercicio del cargo que nos ocupan, los presupuestos típicos, inclusive materiales o de hecho, del mismo, son cuestión de arbitrio del funcionario, o no. Otra cosa será si tal potestad discrecional ha sido ejercitada debidamente.

(17) Carl-Hermann ULE, "Zur Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe im Verwaltungsrecht", en Gedächtnisschrift für Walter JELLINEK, 1955, pág. 318.

II.- LA DELIMITACION DE LA "LIBRE" DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA.

La discrecionalidad administrativa se ha opuesto históricamente a control judicial de dicho ámbito de potestad(18). Al intentar aproximarnos de esta manera al concepto es observable que si bien la afirmación inicial es históricamente correcta, no es más que una definición-final, sólo comprensible hoy en su contenido tras una profundización en el ámbito supuestamente exento, precisamente, de dicho control judicial. Tiene el valor tal aproximación, sin embargo, de permitir delimitar a priori la zona conceptual a estudiar y de adelantar una conclusión -que el al tiempo es premisa-. La conclusión es precisamente, la propia justificación del estudio: la necesidad de delimitar aquella actividad de la Administración que o bien no va a estar sometida a un examen judicial ulterior, o bien sólo lo va a estar limitadamente.

La fijación de este ámbito ha ido vinculada históricamente a la concepción que se sostenía del propio Estado, y así, es observable ese "movimiento ondulatorio" de que hablaba BACHOF, en 1976(19) en la discusión sobre las ponencias de SCHOLZ y SCHMIDT-ASSMANN sobre responsabilidad y judiciabilidad de la Administración(20), caracterizado

(18) Walter JELLINEK, "Verwaltungsrecht", reimpresión de la 3ª edic., 1948, págs. 29 y 30.

(19) En VVDStRL, tomo 34, pág.276.

(20) "Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsgerichtbarkeit". Bericht von Prof. Rupert SCHOLZ, en VVDStRL, tomo 34, págs. 145-220. Mitbericht von Prof Eberhard SCHMIDT-ASSMANN, en págs. 221-274.

por una mayor o menor acentuación de la independencia de la actividad administrativa, no sometida a examen judicial ulterior, en función de la óptica adoptada; o bien fortalecedora del Estado frente al individuo o bien de los derechos individuales del ciudadano frente al Estado. Sin pretender realizar un estudio histórico de la evolución de la teoría de la discrecionalidad administrativa en el sentido apuntado(20 bis), por superar con mucho las necesidades de este trabajo, es interesante, no obstante, recordar como constatación de lo anterior el parágrafo 14, párrafo 1, de la Preussisches Polizeiverwaltungsgesetz de 1-6-1931(21), que aún hoy se mantiene aunque con un alcance más modesto, en los correspondientes preceptos vigentes en Alemania(22) y que contiene la cláusula general de Policía, según la cual las autoridades de policía tienen que tomar las medidas necesarias según discrecionalidad conforme a deber en el ámbito de la legislación vigente, para evitar peligros que amenacen la seguridad o el orden público. Tal cláusula general de la discrecionalidad de la policía prusiana, no sólo es significativa de una con-

(20 bis) Al respecto, ver, Hans-Uwe BRICHSEN, "Verfassungs- und verwaltungsrechtsgeschichtliche Grundlage der Lehre vom fehlerhaften belastenden Verwaltungsakt und seiner Aufhebung im Prozess", 1971, págs. 157 y sigs.(162).

(21) El antecedente directo de derecho positivo se encuentra en el parágrafo 10, apartado II, 17, del Allgemeine Landrecht für die Preussischen Staaten, de 1794, contenente de la famosa "Generalermächtigung zur Gefahrenabwehr" o habilitación general para la defensa de peligros para el orden o la seguridad públicos, aludido por GARCIA de ENTERRIA en "Sobre los límites del poder de policía general y del poder reglamentario", R.E.D.A. 1973, pág. 208/209.

(22) Cfr. Hans-Uwe BRICHSEN y Wolfgang MARTENS, en "Erichsen-Martens Allgemeines Verwaltungsrecht, 1977, pág.155.

cepción de la autoresponsabilidad administrativa, típica de una concepción autoritaria del Estado, sino que ofrece, además, un perfecto punto de partida para intentar una delimitación del ámbito de discrecionalidad, hasta llegar a hacer compatible su existencia con el Estado de Derecho(23).

La utilización del término "libre discrecionalidad", frecuente en la antigua jurisprudencia y doctrina administrativa, requiere, en derecho administrativo moderno, importantes matizaciones de muy distinta extensión. Así Walter JELLINEK parte "de la existencia opuesta de la "libre discrecionalidad" frente a la vinculación jurídica(24); pero la constatación de ello, le sugiere una doble consideración. La primera es que es la propia ley quien ordena la posibilidad de actuación discrecional o bien la obligatoria vinculación de la Administración; y la segunda, consiste en despejar la propia esencia de esa "libre discrecionalidad", que no es otra que la exclusión del control

(23) Hoy resulta indiscutido que la discrecionalidad, sometida a los límites correspondientes, es compatible con el Estado de Derecho: Fernando SAINZ MORENO, "Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa, 1976, pág. 225. Por todos, en la doctrina administrativa alemana, ERICHSEN y MARTENS en "Erichsen-Martens Allgemeines Verwaltungsrecht, 1977, pág. 160: "consideraciones jurídico-constitucionales, especialmente de Estado de Derecho, contra la discrecionalidad de las autoridades administrativas están infundadas". Al respecto, también en pág. 161, nota 59 de la citada obra apoyan su afirmación anterior en la teoría jurisprudencial y doctrinal "absolutamente dominantes". En especial: Horst-Joachim MÜLLER, "Das Ermessen in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts", en DÖV, 1969, págs. 119 y sigs.

También Fritz OSSENBÜHL, en "Ermessen, Verwaltungspolitik und unbestimmter Rechtsbegriff", DÖV, 1970, págs. 84 y sigs., para quien sería una ilusión creer que se podría pasar sin discrecionalidad de la Administración (pág.85).

(24) Walter JELLINEK, "Verwaltungsrecht," cit. pág.30.

judicial-administrativo de la propia "cuestión de discrecionalidad"(25). El reconocimiento de tal ámbito discrecional hay que entenderlo, sin embargo, en cuanto relativamente libre: "las autoridades administrativas que actúan según su libre discrecionalidad no son personas privadas que pueden actuar según su libre voluntad, según pura arbitrariedad; muy por el contrario la libre discrecionalidad es discrecionalidad conforme a deber"(26).

En 1955 señala ULE, que si bien era indiscutido que la esencia de la decisión discrecional era precisamente la libertad de la Administración de la vinculación jurídica, sin embargo las autoridades administrativas no eran "completamente libres" incluso en tales decisiones discrecionales(27). Su vinculación vendría establecida por su propio mandato o misión, que la obliga a actuar según puntos de vista objetivos, no a voluntad ni arbitrariamente. Puede, por tanto, estar vinculada a los presupuestos establecidos

(25) JELLINEK, ob.cit., págs. 28 y 29 (29): "Muchas veces pueden ser impugnados actos administrativos mediante acción ante los tribunales, , que pueden examinar, exclusivamente, si el acto impugnado era, según la situación de las circunstancias de hecho y legales, conforme a derecho, pero no si era conveniente u oportuno, o, expresado de otra manera: examinar la cuestión de hecho y de derecho, pero no la de la discrecionalidad".

(26) JELLINEK, ob.cit., pág. 30. También explica, en forma esclarecedora, esa "libertad del contenido de la Ley"(Freiheit vom Gesetzinhalt): "tú deseas actuar conforme a deber; qué significa "conforme a deber" en el caso particular, eso lo tienes que determinar tú, autoridad administrativa".

(27) Carl-Hermann ULE, "Zur Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe im Verwaltungsrecht", cit. pág. 311.

legalmente, incluso en decisiones discrecionales, y en este sentido sólo sería libre de escoger cuando los presupuestos existen(28). La misma idea de limitación de la "libre discrecionalidad de la Administración", se encuentra en FORSTHOFF, quien señala que por tratarse precisamente de un ámbito de discrecionalidad requiere, por propia definición, su referencia a unos límites(29)

Asimismo en el tratado de WOLFF y BALCHOF, puede leerse que "la (pleonástica) expresión de "libre discrecionalidad" no puede mal-entenderse, sin embargo, en el sentido de que el órgano de la Administración, en tanto que le está concedida discrecionalidad, pueda actuar arbitrariamente (es decir sin causa o por causas ajenas a la realidad) o a voluntad (es decir, a causa exclusivamente de consideraciones individual-subjetivas). La discrecionalidad... es, dentro de sus "límites legales", libre de la ley (gesetzfrei), pero de ninguna manera libre del derecho (rechtsfrei)"(30).

De una forma u otra, pues, resulta evidente que la discrecionalidad administrativa, para resultar conciliable con el Estado de Derecho tiene que enmarcarse en unos límites concretos, y esos "límites", que lo son a la propia potestad discrecional, se establecen fijando los de la posible

(28) ULE, ob. cit., pág. 311.

(29) Ernst FORSTHOFF, "Lehrbuch des Verwaltungsrecht", Tomo I, Allgemeiner Teil, 1973, pág. 84.

(30) Hans WOLFF y Otto BACHOF, "Verwaltungsrecht", Tomo I, 1974, pág. 123. La expresión de "libre de la Ley" nos parece bastante impropio, dada la moderna concepción de la discrecionalidad como modo específico de ejecución de la Ley.

intervención judicial en la delimitación de la misma discrecionalidad.

Partiendo de estos presupuestos OSSENBÜHL(31) define, (y con ello limita al tiempo) la discrecionalidad de la Administración en base a tres características o elementos de la misma: el ejercicio de la discrecionalidad hay que entenderlo como "actividad accesorio de la ley" (*gesetzessakzessorische Tätigkeit*). Este primer elemento constituye una importante variante con respecto a la generalizada expresión que opone "discrecionalidad" a "vinculación a la ley"(32). Para OSSENBÜHL (expresando la teoría dominante), la discrecionalidad no es más que un "modo específico de ejecución de la ley", y, por lo tanto, "actividad estatal vinculada".

Sólo donde existe un mínimo normado puede hablarse, pues, de discrecionalidad.

El segundo elemento definidor es la "libertad de elección" (*Wahlfreiheit*), es decir, "la posibilidad concedida a la Administración de escoger entre varias formas de conducta". Tal libertad de elección no se deja al buen criterio de la voluntad subjetiva de la Administración, sino que, en directa relación con lo anteriormente señalado, está sometida a vinculaciones normativas.

Esta "libertad de elección", así entendida, requiere todavía una mayor delimitación del ámbito de elección. En efecto, la libertad de elección sólo puede existir en la

(31) Fritz OSSENBÜLL, "Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz", 1968, págs. 314 y sigs.

(32) Cfr. en especial, WOLFF-BACHOF, "Verwaltungsrecht, I, cit. pág. 198.

parte de la consecuencia jurídica de la norma (Rechtsfolge) pero nunca en el tipo (Tatbestandeseite). En consecuencia la discrecionalidad hay que entenderla en la moderna doctrina administrativa como "discrecionalidad de conducta" (Verhaltensermessen)(33) y no como "discrecionalidad de juicio" (Urteilsermessen), tal y como se entendía antiguamente.

Discrecionalidad sería, pues, para la concepción dominante, según expresión de OSSENBUHL, "determinación normativamente dirigida de la consecuencia jurídica, hecha por la Administración(34).

En efecto, es esta doble afirmación de que se trata de una libertad de elección y referida a la consecuencia jurídica de la norma, la que va a suponer un cambio radical en la forma de entender la actividad discrecional de la Administración. Se trata, en realidad, de diferenciar claramente una discrecionalidad volitiva, es decir de acción, frente a otra muchas veces reconocida, de naturaleza cognitiva, que venía avalada muchas veces por la existencia de conceptos jurídicos indeterminados en el tipo.

Hoy cabe poca duda de que la Administración también está vinculada a la ley y no puede concedérsele la capacidad de interpretar subjetiva y discrecionalmente el Derecho.

(33) Klaus OBERMAYER argumenta que al ser posible que la "actividad" discrecional consista en una omisión, es preferible utilizar la expresión "Verhaltensermessen" frente a la generalmente usada, hasta entonces, de "Handlungsermessen" (discrecionalidad de acción). Cfr. "Das Verhaltensermessen der Verwaltungsbehörden", en NJW 1963, pág. 1177.

(34) OSSENBUHL, "Verwaltungsvorschriften..." cit, pág. 317.

La exclusión de la discrecionalidad administrativa referida al tipo de la norma es la consecuencia evidente de ello, y así es reconocido con carácter absolutamente dominante en la doctrina alemana(35).

Ya en 1953, REUSS, partiendo de la diferencia admitida entre tipo de la norma y consecuencia jurídica a él vinculada, consideraba que, conceptualmente incluso, era absurdo pretender la referencia de la discrecionalidad administrativa al tipo de la norma jurídica, ya que éste no es

(35) BACHOF, "Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht", JZ 1955, págs. 97 y sigs.; ULE, "Zur Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe im Verwaltungsrecht", en Gedächtnisschrift für Walter Jeilinek, 1955, págs. 309 y sigs.; REUSS, "Comentarios a las sentencias del VGH Stuttgart, Karlsruhe Senat, de 16-1-1953 y VGH Freiburg de 30-7-1953", en DÖV 1954, págs. 55 y sigs.; JESCH, en AÖR, Tomo 86 (1961), págs. 491 y sigs.; OBERMAYER, "Das Verwaltenserlassen der Verwaltungsbehörden", en NJW 1963, págs. 1177 y sigs.; KELLNER, "Der sogenannte Beurteilungsspielraum in der verwaltungsgerichtlichen Prozesspraxis", en NJW 1966, págs. 857 y sigs.; OSSENBUHL, "Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz", 1968, (esp. pág. 317); el mismo, "Tendenzen und Gefahren der neueren Ermessenslehre", en DÖV 1968, págs. 618 y sigs. (especialmente, págs. 618/619, nota 11); el mismo, "Ermessen, Verwaltungspolitik und unbestimmter Rechtsbegriff", en DÖV 1970, págs. 84-90 (86); KELLNER, "Einiges zum behördlichen Ermessen", en DÖV 1969, págs. 309 y sigs. (309-310); Horst-Joachim MÜLLER, "Das Ermessen in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts", en DÖV 1969, págs. 119 y sigs.; WOLFF-BACHOF, "Verwaltungsrecht", I, 1974, págs. 187 y 194-195; "el ámbito de la discrecionalidad empieza, por tanto, si los presupuestos legales se han cumplido", o bien "sólo en este sentido de indeterminación legal de una consecuencia jurídica, no en el de indeterminación de un concepto (del tipo o de la consecuencia jurídica)... puede hablarse de discrecionalidad"; ERICHSEN y MARTENS, en "Erichsen-Martens Allgemeines Verwaltungsrecht", 1977, pág. 156; implícitamente, FORSTHOFF, "Lehrbuch des Verwaltungsrecht", 1973, pág. 84, al referirse a la discrecionalidad como "ámbito de actuación y decisión, la elección entre varios modos igualmente posibles de conducta".

más que "una creación o figura meramente cognitiva, que se refiere, exclusivamente, al conocimiento,, no a la capacidad de voluntad"(36). Sólo, por tanto, en la consecuencia jurídica pueden darse conceptualmente decisiones de la voluntad, y, por ello, una posibilidad de elegir entre varias alternativas de conducta(37).

Al respecto señala también OSSENBUHL, cómo el propio carácter de la discrecionalidad impone su subordinación a la estructura de la norma, a la tipicidad, ocurriendo que si ésta impusiese automáticamente una consecuencia vinculada a la realización de sus presupuestos no cabría posible discrecionalidad(38).

En consecuencia, la norma de discrecionalidad sólo puede ser aquella que contenga un "precepto de poder" (Kann-Vorschrift) cuyos presupuestos expresos no agoten todos los elementos de los que depende su aplicación, y a cuya realización de los presupuestos típicos vayan vinculadas distintas consecuencias jurídicas(39).

Es destacable de esta concepción también dominante en

(36) Hermann REUSS, Comentario a las sentencias del VGH de Freiburg, de 30-7-1953 y VGH Stuttgart, Karlsruher Senat, de 16-1-1953, en DÖV 1954, pág.55.

(37) REUSS, Comentario...cit.pág.55.

(38) OSSENBUHL, "Verwaltungsvorschriften..." cit,pág.318.

(39) Así, para Klaus OBERMAYER, en 1963, por norma de discrecionalidad hay que entender la norma de derecho ^{que}prevée, ante una realización del tipo, distintas consecuencias jurídicas, entre las que el órgano administrativo tiene que elegir una determinada "según su arbitrio o discrecionalidad particular" (Das Verhaltenserlassen..." cit. pág.1179).

la Jurisprudencia alemana(40) que, precisamente, la ubicación de la discrecionalidad administrativa en la posibilidad de elección entre varias consecuencias jurídicas conlleva, evidentemente, que la actividad discrecional dependa siempre de que el tipo de la correspondiente norma se haya realizado(41), como presupuesto ineludible, y que para la determinación de si existe o no la realización del tipo o supuesto de hecho, no tiene ninguna capacidad la Administración. En palabras de OBERMAYER "la significación especial de una norma de discrecionalidad está en que en su parte de consecuencias jurídicas permite elegir, en caso de una realización del tipo, varias formas de conducta. La actividad discrecional consiste en la elección de una conducta determinada que presupone una realización del tipo"(42).

Por su parte ERICHSEN y MARTENS reconocen dichas teorías y conciben, precisamente, la libertad de elección como autorización para la "colocación" (Setzung) de la consecuencia jurídica en el caso particular. La discrecionalidad

(40) Cfr. Hugo KELLNER (una de las principales figuras con aportaciones doctrinales, sobre este tema, desde la judicatura), "Einiges zum behördlichen..." cit.págs.309 y sigs. (309). También en "Der sogenannte Beurteilungsspielraum..." cit.págs.857-863. En este artículo resume KELLNER la trayectoria de los tribunales administrativos en la RFA desde 1945, como típica de un movimiento pendular entre la afirmación de un control estricto de la actividad administrativa, y una tendencia a una liberalización del control de las mismas (pág.857). La doctrina jurisprudencial está perfectamente delimitada en el sentido expresado en el texto; así por ejemplo, las sentencias del BVerwG, en BVerwGE 15, pág.39 (405); 15,251 (253); 16,116 (119); 17, 5 (6); 26, 69 (78); 29, 279 (280).

(41) Klaus OBERMAYER, "Das Verhältnismessen..."cit.pág.1181.

(42) Klaus OBERMAYER, "Das Verhältnismessen..."cit.pág.1180.

consta, en efecto, -prosiguen- de una discrecionalidad de decisión y de una discrecionalidad de elección, pero ambas han de ser entendidas como "discrecionalidad de conducta", y, por tanto, asentadas en la consecuencia jurídica, ya que en función de la primera (Entschliessungsermessen) se debe decidir si una consecuencia de derecho "prevista pero no prescrita u ordenada" debe venir al caso(43), y en base a la segunda (Auswahlermessen) se escoge "cuál de varias medidas legales, o incluso contra cuál de los distintos destinatarios que vienen al caso, debe ser aplicada"(44).

Pero no es sólo esta limitación fundamental de la discrecionalidad de la Administración a la parte de la consecuencia jurídica de la norma, la que configura su ámbito. Se decía anteriormente que era precisamente a través de la fijación de las posibilidades de ulterior examen judicial, como realmente se concretaban los límites de la "libre" discrecionalidad. Se trata, en realidad, de regular el propio ámbito de discrecionalidad en base a los "defectos judiciales" de la misma. En efecto, si se dice que sólo en un sentido relativo se puede hablar de "libre" discrecionalidad, y si se afirma que esta no ha de entenderse más como cognitiva o de juicio, es porque existe la posibilidad de enjuiciar el uso hecho por la Administración de la autorización de actuación discrecional.

Aceptada, pues, esta óptica general, el control judi-

(43) Al respecto ejemplifican ERICHSEN y MARTENS: ese sería el caso de la decisión sobre si un peligro para la seguridad pública concede motivo suficiente para la intervención policial. ("Erichsen-Martens Allgemeines Verwaltungsrecht", cit. pág. 156.

(44) ERICHSEN y MARTENS, ob. cit., pág. 156/157.

cial se ejerce a través del examen de la inexistencia de "defecto (o vicios) de discrecionalidad" (Ermessensfehler); defectos que suelen sintetizarse en: "infracción de la discrecionalidad por "rebasamiento" de sus límites" (Ermessensüberschreitung) y "uso defectuoso de la discrecionalidad" (Ermessensfehlergebrauch), comprensivo de los casos de "arbitrariedad" (Willkür) y de "abuso" (Ermessensmissbrauch)(45).

Interesa señalar, antes de dibujar más concretamente las infracciones o discrecionalidad apuntadas, que, en realidad, lo que se concede es una capacidad general de examen judicial de la discrecionalidad administrativa, tendente, precisamente, a la investigación de sus posibles vicios(46)(47). La propia cuestión de la existencia de discrecionalidad, es, pues, también, una "cuestión de derecho" a examinar por la jurisdicción administrativa(48). En efec

(45) ERICHSEN y MARTENS, ob.cit., págs.157 y sigs.; WOLFF y BACHOF, "Verwaltungsrecht", I, págs.199 y sigs.; FORSTHOFF, Lehrbuch, págs.99 y sigs.; EYERMANN y FRÖHLER, "Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar", 1977, págs.728 y sigs.

(46) Tales vicios o defectos de la discrecionalidad administrativa se deducen, directamente, en el derecho positivo alemán, del propio texto legal regulador de la jurisdicción administrativa (Verwaltungsgerichtsordnung) de 21 de Enero de 1960. En efecto, su parágrafo 114 dice: "(Discrecionalidad de la Administración). El tribunal administrativo examina, también, en los casos en que las autoridades administrativas están autorizadas a actuar según su discrecionalidad, si el acto administrativo o la denegación u omisión del mismo es antijurídico, ya porque los límites legales de la discrecionalidad están sobrepasados, o porque se ha hecho uso de la discrecionalidad de manera no correspondiente a la finalidad de la autorización".

(47) EYERMANN-FRÖHLER, ob.cit.pág.718 (parágrafo,114, 2, Rdn. 4).

(48) EYERMANN-FRÖHLER, ob.cit.pág.728(parágrafo 114, 3 Rdn. 12).

to, actualmente la doctrina administrativa se mueve en el terreno de una nueva concepción de la discrecionalidad que supera tanto los términos de la "libre elección entre varias soluciones igualmente valoradas jurídicamente", afirmando su plena integración en la ejecución de la Ley, como los de la necesidad de delimitar ámbitos no examinables judicialmente: el control judicial ulterior examinará todos los elementos de la discrecionalidad(49).

Intentando ahora una aproximación mayor a estas infracciones de discrecionalidad, se suele entender por "Ermessens süberschreitung" el sobrepasamiento del marco externo de discrecionalidad concedido legalmente al órgano administrativo. Ello equivale, según WOLFF y BACHOF, a la "aplicación o fijación de una consecuencia jurídica que en ningún caso quedaba cubierta por la concesión de la discrecionalidad" (50). EYERMANN y FRÜHLER entienden incluidos en este apartado de infracciones de la autorización de actuación discrecional de la Administración, los supuestos de dureza innecesaria (unnötige Härte) y los que conculcan el principio de "proporcionalidad"(51). El marco de referencia de

(49) Cfr. Fernando SAINZ MORENO, "Conceptos jurídicos...", cit., págs. 250 y sigs. Resulta curioso señalar cómo la amplitud del control judicial viene fundamentada en esta "nueva concepción de la discrecionalidad" en la antigua idea, ya comentada, de JELLINEK, de que la discrecionalidad no es "libre arbitrio", sino "arbitrio conforme a deber" (Cfr. Roland GEITMANN, "Bundesverfassungsgericht und offenen Normen (zur Bindung des Gesetzgebers an Bestimmtheitserfordernisse)", 1971, pág. 55, tal y como también recoge Fernando SAINZ MORENO.

(50) WOLFF-BACHOF, "Verwaltungsrecht", I, pág. 200 (párrafo 31, II d) 1). Como ejemplos citan la aplicación de una medida distinta a la "necesaria", o la expropiación de superficie para una colonia agrícola, no siendo dicha superficie apta para ello.

(51) EYERMANN-FRÜHLER, ob.cit. pág. 729.

esta clase de infracciones es, tal y como se ha señalado, "externo", con lo que se pretende expresar también, de alguna manera, el sometimiento de tal actividad administrativa a la existencia de los presupuestos legales o de hecho, definidos objetivamente(52). No es sólo la ya afirmada exclusión del "margen de discrecionalidad" de la parte del tipo de la norma, y por tanto de la apreciación de los presupuestos objetivos de la misma, por entenderse es to una clara "cuestión de derecho", sino que, ya dentro de una situación que puede ser resuelta discrecionalmente, la inexistencia objetiva de los propios presupuestos concretos y determinados de la actividad discrecional hace que la ag tuación (o aplicación de la consecuencia jurídica) sea con siderada como infracción judicial de discrecionalidad, y, por tanto, actividad ilegal o antijurídica de la Administra ción, por "exceder" el propio ámbito discrecional.

(52) Al respecto resultan especialmente esclarecedores tan to los ejemplos de WOLFF-BACHOF, ya citados (supra, pág 90 no ta 50), como el de la negación de una determinada autoriza ción por parte de una autoridad administrativa (lo que es taría en su margen de discrecionalidad en determinados suc puestos) sin que se den los presupuestos para tal denega ción, debido a la suposición, por parte de la citada auto ridad, de que tal denegación era totalmente discrecional(?); falta, en tal caso, el fundamento de derecho básico para el acto administrativo, y se incurre en la correspondiente lesión del derecho por "infracción de la discrecionalidad administrativa". Este supuesto, recogido por EYERMANN y FRÖHLER (ob.cit.pág.728/729) es tan significativo como los ya citados de "dureza innecesaria", concepto que evidente mente depende de una constatación de una realidad objeti va no valorada adecuadamente por la Administración. En es ta misma obra la segunda categoría de infracciones de la discrecionalidad (Ermessensfehlgebrauch) se denomi na o en quadra, como "infracciones internas de la discrecionalidad" (innere Ermessensfehler), oponiéndolas, así, a las arriba tratadas, que se caracterizarían por ser "infracciones ex ternas".

Bajo la categoría de "uso defectuoso de la discrecionalidad" se enmarcan todas aquellas infracciones que se desvían de la óptica objetiva que se desprende del sentido de la Ley(53). En este sentido puso en relación de identidad JELLINEK una de las típicas categorías de "uso defectuoso de la discrecionalidad", la "arbitrariedad", con la "desviación de poder" (détournement de pouvoir)(54). En efecto, para este autor la infracción de discrecionalidad hay que entenderla como "die gesetzwidrigen Erwägungen, die einer im Ergebnis nicht beanstandbaren Entscheidung vorangehen" (las consideraciones contrarias a la ley que preceden a una decisión no objetable en el resultado) (54 bis). La vinculación de este defecto justiciable de discrecionalidad al ejercicio "conforme a deber" de la misma resulta, pues, evidente. En efecto, si se tiene una atribución de potestad discrecional (sólo si se tiene, como condición ineludible) ésta deberá de ser actuada (positivamente) conforme a deber (pflichtgemäss) y no "a voluntad"(55).

(53) Así, Klaus OBERMAYER, mantiene que si la decisión no se basa en consideraciones objetivas, se produce un "abuso de discrecionalidad", también llamado "uso defectuoso de la discrecionalidad". ("Das Verhaltenserlassen der Verwaltungsbehörden", en NJW 1963, pág.1182).

(54) JELLINEK, Verwaltungsrecht, cit.pág.38.

(54 bis) Walter JELLINEK, ob.cit.,pág.37. Desde esta óptica, absolutamente generalizada, lo enfocan también EYERMANN-FRÖHLER, ob.cit.pág.730, y WOLFF-BACHOF, ob.cit.pág.201).

(55) Con ello se recuerda también la vinculación de las decisiones administrativas al principio de igualdad ante la ley, que impide, por tanto, que se apliquen distintas medidas o decisiones a circunstancias o supuestos iguales. "Las autoridades administrativas tienen que examinar cuidadosamente hasta qué punto un hecho es semejante a otro" (EYERMANN-FRÖHLER, ob.cit.pág.731). Evidentemente ello se dice con la exclusión de la llamada "igualdad en lo injusto" (Gleichheit im Unrecht).

Merece la pena destacar cómo en la doctrina administrativa esta exigencia de "conformidad a deber" de la actuación discrecional de los funcionarios (que supone una auténtica investigación, en estos casos, de la intención que subyace al acto administrativo) viene referida a su vinculación a los principios del ordenamiento jurídico, en oposición, precisamente, a "arbitrariamente", y con ello, aunque se trata de un aspecto "interno" de la actuación discrecional, la conformidad al deber se define objetivamente. Lo subjetivo es el objeto de la investigación del acto administrativo, la intención. Si el funcionario no actúa "conforme a deber", es decir actúa arbitrariamente o "a voluntad" es, precisamente, porque actuó contra la "voluntad objetiva de la ley".

Conforme a deber es, pues, en el ámbito de la discrecionalidad administrativa, equivalente a "conforme a la voluntad objetiva de la Ley.

Por "abuso de discrecionalidad", también incluido entre los supuestos de "uso defectuoso de la discrecionalidad", por lo que participa de sus características comunes, se entiende tanto la lesión de la unidad del ordenamiento jurídico por el acto administrativo, como la intervención de consideraciones ajenas a la ley en su confirmación o negación(56). WOLFF y BACHOF matizan bastante estas infracciones de discrecionalidad por abuso de la misma, a las que denominan "defectos o infracciones concretas de la conducta"

(56) EYERMANN-FRÖHLER, ob.cit.pág.733. Como ejemplo de lesión de la unidad del ordenamiento jurídico se utiliza el del acto administrativo que decidiera la reinstauración en las viviendas de los arrendatarios condenados ya a desalojarlas.

(konkrete Verhaltensfehler). Su esencia consiste en despreciar -mantienen- intencionada o erróneamente los límites internos de actuación concedidos al órgano administrativo: "la medida abusiva de la discrecionalidad habría podido ser tomada bajo otras circunstancias o por otras causas, pero no bajo las circunstancias existentes realmente, ni a causa de las consideraciones o motivos empleados en realidad"(57).

La problemática siguiente a la de los defectos judiciales de discrecionalidad, no es otra que la de delimitar sus consecuencias en el terreno de la teoría del acto administrativo. Se trata, pues, de considerar si el acto administrativo antijurídico a causa de la lesión del derecho o que se produce por los vicios de la discrecionalidad, es anulable o nulo.

Aunque ello pertenece más a la problemática objetiva de la conformidad a deber del ejercicio del cargo, es conveniente dejar sentados algunos puntos básicos. Como norma general se suele coincidir por parte de la doctrina administrativa en que tales infracciones fundamentan la anulabilidad del acto pero no su nulidad(58). Esta opinión, sin mayores matizaciones, es la mantenida en Alemania, por ejemplo, por EYERMANN y FRÜHLER(59), que se refieren a dicha con

(57) WOLFF-BACHOF, ob.cit.pág.200.

(58) En España este es el régimen general dispuesto por el art. 48 LPA, en relación con el 40.

(59) "Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar", cit.pág.734.

secuencia con carácter de exclusividad ("fundamentan, exclusivamente, anulabilidad, no nulidad"). Sin embargo no parece tan evidente, pues en éste como en cualquier otro ámbito de la actuación defectuosa de la Administración, los criterios de la "gravedad" o de la "evidencia" o "notoriedad" del vicio del acto administrativo, definidores de la nulidad del acto, tienen también aquí su sitio(60). Al margen de la acertada crítica de EYERMANN y FRÖHLER frente a la equiparación entre "arbitrariedad" y "nulidad"(61) son concebibles supuestos de "crasa arbitrariedad" que conduzcan, precisamente, a la nulidad del acto(62). De igual forma la consecuencia de la aplicación defectuosa de una norma de discrecionalidad es, simplemente, la antijuricidad de la conducta correspondiente. En caso de tratarse de un acto administrativo esta antijuricidad se plasmará en su anulabilidad o en su nulidad, en función, igualmente, de la "gravedad", "notoriedad", etc., del defecto del acto(63).

(60) Cfr. LPA, art. 47.

(61) EYERMANN-FRÖHLER, ob.cit.pág.734.

(62) Klaus OBERMAYER, "Das Verhaltenserlassen der Verwaltungsbehörden", NJW 1963,pág.1183. En la nota 50 b de la citada página recuerda, además, la praxis jurisprudencial en derecho civil sobre "actos de la autoridad manifiestamente arbitrarios" que suponen su nulidad.

(63) OBERMAYER, "Das Verhaltenserlassen..." cit.,pág.1184. En cualquier caso no hacemos más que apuntar la problemática, por pertenecer al denominado aspecto objetivo de la conformidad a derecho del ejercicio del cargo, y estar la presente investigación limitada a la problemática subjetiva.

Se decía anteriormente que al introducirse en el tema de la discrecionalidad administrativa, había que diferenciar claramente dos cuestiones: por un lado la de la fijación de la existencia o no de un ámbito de potestad discrecional referido a los propios presupuestos objetivos del ejercicio del cargo, y por otro la de si, una vez decidida la existencia, en su caso, de un margen discrecional, éste ha sido respetado, es decir si no ha incurrido la Administración en un defecto judicial de discrecionalidad. Sólo, pues, si se afirma previamente la inclusión de una determinada actuación de un funcionario público dentro de su "ámbito de discrecionalidad" cabe, lógicamente, exigirle que ejercite tal potestad debidamente. Si, por el contrario, tal y como se ha visto, la discrecionalidad debe quedar excluida de cuanto se refiera al supuesto de hecho o tipo de la norma, resultará obvia la improcedencia de definir la conformidad a derecho del ejercicio del cargo en base a la no contrariedad a deber en el ejercicio de una potestad que no le está concedida.

El problema, así simplificado, exige, sin embargo, reparar en la compleja problemática que supone la constante utilización por el legislador de los denominados "conceptos jurídicos indeterminados".

CONCLUSIONES PARCIALES

1).- Norma de discrecionalidad sólo puede ser aquella que contenga un "precepto de poder" (Kann-Verschafft) cuyos presupuestos expresos no agotan todos los elementos de los que depende su aplicación, y a cuya realización de los presupuestos típicos vayan vinculadas distintas consecuencias jurídicas.

2).- Se mantiene una concepción de la discrecionalidad que supera tanto los términos de la "libre" elección entre varias soluciones igualmente valoradas jurídicamente, como la propia necesidad de delimitar ámbitos no examinables judicialmente. Por ello se afirma la plena integración de la potestad discrecional en la ejecución de la Ley y que el control judicial se referirá a todos los elementos de la discrecionalidad.

3).- La inexistencia objetiva de los presupuestos concretos y determinados de la actividad discrecional hace que la actuación(o la aplicación de la consecuencia jurídica) se enmarque entre las "infracciones de la discrecionalidad" por Ermessensüberschreitung.

4).- "Conforme a deber" es, en el ámbito de la discrecionalidad administrativa, equivalente a "conforme a la voluntad o sentido objetivo de la Ley". (En conexión con la "arbitrariedad" por "desviación de poder").

5).- Si la discrecionalidad, tal y como se ha visto, debe quedar excluida en cuanto se refiera al supuesto de hecho o tipo de la norma, resultará obvia la improcedencia de definir la conformidad a derecho del ejercicio del cargo en base a la no contrariedad a deber en el ejercicio de una potestad que no le está concedida al funcionario.

III.- LOS CONCEPTOS JURIDICOS INDETERMINADOS Y EL LLAMADO "MARGEN DE APRECIACION".

1.- En efecto, la construcción teórica anterior debe adquirir su dimensión real al tener en cuenta que la norma en la que se ha de basar la actuación de la Administración no es, ni puede serlo, el continente concreto y absoluto del casuismo real. La utilización por el legislador de conceptos jurídicos indeterminados, tanto en el tipo de la norma como en la consecuencia jurídica de la misma(64), es una realidad y una necesidad insoslayable. Si se traslada este reconocimiento teórico de su existencia al plano de la aplicación de la Ley(65)-en este caso, pues, al plano de la aplicación de una norma que contiene algún concepto jurídico indeterminado-, es observable que el órgano administrativo aplicante se enfrenta con una compleja problemática, que se le presenta, precisamente, debido a la inconcreción -indeterminación- de la norma.

La cuestión inicial es si, en tales supuestos, ha de entenderse que la indeterminación concede al órgano administrativo una autorización para la aplicación discrecional de la norma. La respuesta podría fluctuar, simplificando, entre dos posiciones: por un lado la consideración de que los conceptos jurídicos indeterminados conllevan

(64) Por todos, ERICHSEN-MARTENS, ob.cit.,pág.152.

(65) Utilizamos ahora este término partiendo de la tripartición de la aplicación de la Ley en interpretación, determinación del supuesto de hecho y subsunción, y por tanto en un sentido "amplio", distinto al "restringido" que se utilizará en relación al "Beurteilungsspielraum" y que se refiere, exclusivamente, a la fase de la subsunción.

la eliminación de la discrecionalidad referida a la norma que los contiene, precisamente por tratarse de conceptos jurídicos que exigen la afirmación de una sóla solución jugata; por otro lado, existe la teoría que afirma que tal indeterminación es connatural a la atribución de discrecionalidad, ya que ésta no tiene razón de ser cuando la norma se expresa con conceptos perfectamente determinados.

La realidad normativa impone, sin embargo, una vez más, su complejidad, que en este caso se refiere a la dificultad objetiva que conlleva el proceso de control judicial de la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados. Esta dificultad resalta especialmente cuando la aplicación de los mismos requiere conocimientos técnicos considerables. Ronda, de nuevo, en tales supuestos, el argumento (válido para muchos autores) de que el control judicial de la actividad administrativa que se basa en normas que contienen conceptos jurídicos indeterminados no es más que el "camuflaje" de una "doble Administración" (Doppelverwaltung), la sustitución, en su caso, de un criterio por otro(66), es

(66) Así, por ejemplo, en nuestra doctrina, Manuel PEREZ OLEA se opone a la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados, con pretensión favorecedora de la discrecionalidad administrativa, utilizando, entre otros, los argumentos de las dificultades de apreciación por el juez de los fundamentos técnicos de la decisión administrativa, así como el de la privación de las funciones del ejecutivo que supone el sometimiento, en estos casos, de sus decisiones a la fiscalización judicial, lo cual, como resulta obvio, equivale a hablar de una "doble Administración". ("La discrecionalidad administrativa y su fiscalización judicial", en el Libro-homenaje a López Rodó, Tome II, 1972, págs. 41 y sigs. En la doctrina alemana: Otto BACHOF, "Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht", JZ 1955, págs. 97 y sigs. (101); también, WOLFF-BACHOFF, "Verwaltungsrecht", I, pág. 199. (no se puede "sustituir" un criterio por otro ya que la decisión)

decir, la realización de funciones administrativas materiales bajo la apariencia de un control judicial(67).

El reconocimiento de esta complejidad conduce, como se dijo anteriormente, a la evitación de simplificaciones fáciles, pero no a la afirmación de la existencia de una concesión de discrecionalidad a los órganos administrativos a través de la utilización por el legislador de conceptos jurídicos indeterminados. Muy por el contrario, cabe señalar que la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados surgió como técnica de control de la potestad disciplinaria, o mejor dicho -más ampliamente- como técnica de delimitación de la potestad discrecional, en la medida en que lo que se pretende inicialmente con esta teoría es diferenciar nítidamente entre discrecionalidad (es decir, conceptos susceptibles de aplicación discrecional por la Administración) y conceptos jurídicos indeterminados, como categoría excluida de dicha posibilidad. En este sentido señala GARCIA DE ENTERRIA la extensión que tradicionalmente tuvo la confusión errónea de la presencia en la norma de conceptos de naturaleza indeterminada con la existencia de poderes discrecionales en manos de la Administración(68).

La teoría de los conceptos jurídicos indeterminados, que es una aportación fundamental de la doctrina adminis-

..... de la autoridad administrativa puede estar justificada sin que ello signifique, necesariamente, que el tribunal habría extraído la misma conclusión). Ver, también, EYERMANN-FRÖHLER, ob.cit. pág. 818 (parágrafo 114, 2 b).

(67) Fernando SAINZ MORENO, "Conceptos jurídicos..." cit. pág. 228.

(68) Eduardo GARCIA de ENTERRIA, "La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo: poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos", 1974, págs. 34/35.

trativa alemana, ha superado con creces su modesta, aunque importantísima, naturaleza inicial de técnica de control o delimitación de la potestad discrecional, para convertirse, como afirma SAINZ MORENO, en la expresión de "una concepción del ámbito de la discrecionalidad misma", cuya defensa sólo es posible desde una determinada concepción de la función que en la sociedad compete realizar a los jueces y de la propia función de la Administración(69).

La Jurisprudencia española, por lo demás, recogió la citada teoría, por primera vez, en la conocida sentencia del Tribunal Supremo de 28 de abril de 1964(70), donde está contenida la siguiente fundamentación, perfectamente válida para introducir la compleja problemática de la indeterminación de los conceptos utilizados en la ley, en relación a la discrecionalidad en su aplicación:

"... la tesis que se rechaza está basada en la confusión de los llamados conceptos jurídicos indeterminados con los poderes discrecionales, perfectamente diferenciados, en defensa de una más acabada garantía judicial, por la técnica jurídica moderna, según la cual las facultades discrecionales se caracterizan por la pluralidad de soluciones justas posibles entre las que libremente puede escoger la Administración, según su propia iniciativa, por no estar comprendida dentro de la norma la solución correcta, mientras que el concepto jurídico indeterminado (ruina, precio justo, utilidad pública, etc.) es configurado por la Ley como un supuesto concreto, de tal forma que solamente se da una

(69) Fernando SAINZ MORENO, "Conceptos jurídicos:...", cit. pág. 274.

(70) Rep. Ar. 2653.

única solución justa en la aplicación del concepto a la circunstancia de hecho, como ocurre en el caso de actuación del Jurado de Expropiación, que, como organismo encargado de la aplicación del concepto indeterminado de "justo precio" a unos bienes expropiados, no es libre para decidir a través de un proceso volitivo de discrecionalidad, entre varios posibles justos precios, sino que, realizando un proceso de juicio o estimación, ha de atenerse necesariamente, sin libertad de decisión, a las circunstancias y características reales que ha de calificar y al sentido jurídico preciso que la Ley ha asignado al concepto del "justo precio" para determinar, a través de su valoración, no cualquier posible justo precio sino el preciso que real y efectivamente sea el verdadero y justo, y por ello dicha función, al no admitir más que una solución adecuada y conforme a la norma, constituye un proceso de subsunción de la categoría de "justo precio" en el supuesto normal de aplicación del Derecho sometido, sin traba alguna, por eso precisamente a la función jurisdiccional encargada de velar por la recta aplicación de la Ley al mundo de los hechos"(71).

(71) Desde entonces la jurisdicción contencioso-administrativa ha reiterado su adscripción explícita a la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados, con respecto a conceptos como "interés público" o "ruina", que junto con el "justiprecio" o indemnización justa, constituyen supuestos clásicos en esta teoría. Al respecto, me remito al estudio que sobre la Jurisprudencia hace Fernando SAINZ MORENO, en su libro "Conceptos jurídicos..." cit., págs. 286 y sigs.

1.1.- Naturaleza de los conceptos jurídicos indeterminados.

La propia cuestión de delimitar lo que se debe entender por concepto jurídico indeterminado presenta, a su vez, sus dificultades.

a.- Desde la óptica de la estructura interna de los conceptos está bastante generalizada la bipartición de cada uno de ellos en dos "zonas", en función del mayor o menor grado de determinación de las mismas. Es usual denominar, en forma bastante plástica, a dichas zonas como "núcleo del concepto" (Begriffskern), que constituiría la considerada como "zona de certeza", y el "halo del concepto" (Begriffshof), que se correspondería con la "zona de duda" (72). En expresión de SAINZ MORENO el núcleo vendría constituido por "aquellas expresiones del lenguaje que delimitan el ámbito del concepto a lo que es su esencia". Al "halo" se referirían aquellas otras que "amplían-ablandan los límites del concepto" (73).

Desde mi punto de vista el valor de tal bipartición se cifra, fundamentalmente, en que permite delimitar unos ámbitos de certeza positiva y negativa, posibilitando de esta forma reducir la interpretación del concepto a esa zona intermedia comprendida entre ambos límites de certeza. Ello no obstante, no resulta de excesiva utilidad práctica, ya que implica la afirmación de que todo concepto es indeter

(72) Terminología de Philipp HECK, en AcP 1914, págs. 112 y 173. En nuestra doctrina recoge, especialmente, esta bipartición interna de los conceptos, Eduardo GARCIA de ENTERRIA ("Curso de Derecho Administrativo", Tomo I, pág. 274).

(73) Fernando SAINZ MORENO, ob.cit., pág. 197.

minado en alguna medida(74), y de esta generalización no habrían de salvarse los conceptos jurídicos(75). Tal constatación, de indudable veracidad, no aporta nada a la hora de intentar solucionar o delimitar la naturaleza y función de los conceptos (indeterminados) utilizados en la ley.

De la misma manera, el intento de graduación de la indeterminación de los conceptos hecho por el citado HECK, que habla de un compacto y firme "núcleo del concepto" y de un "especialmente amplio, difuso, halo del concepto, en

(74) Fernando SAINZ MORENO, ob.cit.,pág.198. Para encontrar una justificación teórica al distinto tratamiento jurídico de los conceptos, aún siendo consciente de la generalización aludida, propone Manuel MARTIN GONZALEZ una compleja teoría sobre el grado de determinación legal de los conceptos, que, en esencia, tiende a diferenciar entre los denominados "conceptos jurídicos directamente determinados", los "conceptos jurídicos indirectamente determinados" (conceptos de experiencia y de experiencia técnica) y, finalmente, los "conceptos jurídicos indeterminados", que serían aquellos cuya concreción se realiza mediante valoraciones de quien los aplica, y cuya indeterminación persiste a pesar de su interpretación como parte del ordenamiento jurídico total. ("El grado de determinación legal de los conceptos jurídicos", en R.A.P. 1967, págs. 197 y sigs.).

(75) La utilización del término de conceptos "jurídicos", no me parece, por lo demás, muy adecuada, por ser susceptible de referirse a un número muy limitado de los utilizados por el legislador. Así, cabría poca duda de que el concepto "discrecionalidad administrativa" o el de "medio jurídico", son conceptos "jurídicos". No cabe afirmar, estrictamente, lo mismo, de conceptos como "aptitud", "idoneidad", "necesariedad", "interés público", etc., que se definen en función de innumerables connotaciones de las ciencias económicas, de la pedagogía, sociología, psicología, o de la política, etc. (Cfr. Roland JAROSCH, "Die Fiktion des unbestimmten Rechtsbegriffs", en DÖV 1974,pág.124). Parece más adecuado, en consecuencia, utilizar el término de "conceptos indeterminados de la ley", capaz de comprenderlos a todos ellos. (Ver, WOLFF-BACHOF, "Verwaltungsrecht", I, pág. 188).

los conceptos indeterminados"(76) no hace más que constatar la existencia de conceptos más difusos que otros, sin allanar la dificultad de definir los límites de lo que ha de considerarse "especialmente amplio o difuso".

Así pues, desde la óptica de la estructura interna intentada especialmente en base a la distinción entre "núcleo" y "halo" del concepto, la conclusión no puede ser otra que la consideración de todos los conceptos de la ley como indeterminados en mayor o menor medida. Esto constituye un punto de partida indiscutible pero escasamente útil, ya que sigue existiendo la necesidad de definir la naturaleza de los llamados "conceptos jurídicos indeterminados" adoptando una óptica externa a ellos mismos, es decir, en base a su utilización por el legislador en un tipo legal. Se tratará, pues, de llegar al concepto jurídico indeterminado no definitoria o conceptualmente, sino a través de la función que cumple en la norma.

Desde este punto de vista adquiere una especial significación la definición hecha por HENKE del "halo" del concepto como el terreno de los supuestos concretos(77). En efecto, se puede afirmar que el concepto indeterminado de la ley no tiene un contenido objetivo a priori, sino que, según expresión de SAINZ MORENO siguiendo a SCHMIDT-SALZER, "adquiere su contorno material cuando se le contempla en

(76) HECK, ob.cit.pág.112.

(77) Horst- Eberhardt HENKE, "Die Tatfrage", 1966, pág.76.

relación a un supuesto concreto"(78). El hecho de que tales conceptos hayan adquirido, especialmente debido a una constante labor jurisprudencial, un contenido relativo y objetivo vinculante, no desdibuja su naturaleza definible en función de la coyuntura del supuesto concreto. Esto permite afirmar, precisamente, su función en la norma: el legislador evita un estéril casuismo mediante la utilización de conceptos indeterminados "rellenables" al tener que ser aplicados al caso concreto, y cuya indeterminación no es, ni mucho menos, absoluta(79).

La utilización por el legislador de estos conceptos indeterminados es muy heterogénea, tanto como lo pueden ser las propias necesidades que plantea la función creadora de

(78) Fernando SAINZ MORENO, Ob.cit.,pág.236. Al respecto recuerda cómo también los conceptos jurídicos indeterminados pueden tener un contenido objetivo comprensible en abstracto, ejemplificando con SCHMIDT-SALZER mediante los conceptos de "idoneidad para un cargo", que fué definido por el tribunal administrativo de Múnchen como "la posesión de conocimientos especializados y de capacidad profesional, ambos en medida suficiente para desempeñar responsablemente un determinado cargo".

(79) Esta contraposición frente al casuismo legal es tratada también por ENGISCH, con motivo de las "cláusulas generales", en su "Introducción al pensamiento jurídico" (traducción al castellano de Ernesto GARZÓN VALDES, 1967,) pág. 152 y sigs., destacando entre ellas las que simultáneamente son indeterminadas y normativas. Es importante resaltar que, precisamente en base a su función evitadora del casuismo, apuntan a valoraciones objetivamente válidas, lo que mueve a ENGISCH a considerar que las cláusulas generales de las características señaladas "no contienen ninguna delegación de apreciación libre" (discrecionalidad) (ob.cit. pág.156). Sobre la teoría de este autor al respecto in extenso, ver infra, págs. 440 y sigs.

la norma. Normalmente la indeterminación consiste en la utilización de un concepto bien de contenido valorativo, o bien "rellenable" a través de la experiencia. Esta división entre conceptos de valor y de experiencia tiene una importancia máxima para la construcción de la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados y del llamado "margen de apreciación".

Se entiende por conceptos empíricos(80), fácticos(81), descriptivos(82), o de experiencia(83) aquellos que, por contraposición a los normativos o de valor(84), no están

(80) FORSTHOFF, Lehrbuch, Tomo I, pág.85.

(81) ULE, "Zur Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe im Verwaltungswert" en Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, 1955, pág.318.

(82) ENGISCH, "Introducción..." cit, pág.143.

(83) WOLFF-BACHOF, "Verwaltungsrecht", I, pág.189.

(84) La identificación entre concepto de valor y concepto normativo requiere algunas matizaciones, así como también lo requiere la nota común destacada en tales conceptos de ser "indeterminados". Ya ENGISCH prevenía contra la simple equiparación de los conceptos normativos con los indeterminados o con los perceptibles valorativamente, ya que en un cierto sentido puede decirse, siguiendo a Herbert KRÜGER (ZStW, tomo 54, 1935, págs.602/603), que "toda palabra pierde su carácter natural-descriptivo a través de su inclusión en un tipo legal y adquiere naturaleza jurídica-normativa", con lo que todo concepto jurídico sería, en este sentido, normativo, y todo elemento típico dice ENGISCH, siguiendo a Erik WOLF, elemento normativo, de referencia valorativa, por tanto. De la misma manera, la identificación con "conceptos indeterminados" no resuelven nada, ya que, en mayor o menor medida, todo concepto jurídico, todo elemento típico, contiene un coeficiente de indeterminación en sus límites o en su ámbito interno. (ENGISCH "Die normativen Tatbestandselemente im Strafrecht", en Festschrift für Mezger, 1954, pág.142). ENGISCH opta, para su definición de los elementos normativos, ya por la

necesitados de la utilización de juicios de valor para su aplicación al caso concreto. Su aplicación sería, pues, posible "sin que entre la determinación del concepto y la representación de la circunstancia objetiva se interponga un juicio de valor"(85). En efecto, mientras que en los conceptos de experiencia se da una referencia a hechos o circunstancias empíricas, según formulación de FORSTHOFF (86), en los normativos falta tal referencia a la realidad. Suele coincidirse, por ello, en que la interpretación de los primeros no surge ningún problema especial, pudiendo ser problemática, sin embargo, su aplicación al caso concreto, mientras que tanto la interpretación como la aplicación de los que se han considerado como "necesitados de ser

..... inclusión entre ellos de los "elementos de apreciación cognitiva" (Elemente kognitiver Beurteilung), según terminología de MEZGER, ya por la aceptación de la distinción hecha por Erik WOLF entre "conceptos llenos de valor" (Wertgefüllen) y "conceptos necesitados de complementación valorativa" (wertausfüllungsbedürftigen), siendo estos últimos los contabilizables como normativos. Todo esto matiza correctamente su afirmación doble de que los conceptos normativos son aquellos que siempre necesitan una valoración para poderlos aplicar al caso concreto, así como que los conceptos normativos son una clase especial de los indeterminados (ENGISCH, "Introducción..." cit.pág.143). Sólo, pues, en este sentido se asimilan en el texto los términos "concepto normativo" y "concepto de valor", como concepto indeterminado.

(85) Carl-Hermann ULE, "Zur Anwendung..." cit.pág.318.

(86) Lehrbuch, cit.pág.85. De igual manera, ENGISCH habla de los conceptos descriptivos como "aquellos que hacen referencia descriptiva a objetos reales o pseudorreales fundamentalmente perceptibles y objeto de la experiencia" ("Introducción..." cit.pág.143); ERICHSEN y MARTENS los definen, asimismo, como "aquellos que se refieren a asuntos o acontecimientos de la realidad, a objetos perceptibles o experimentales" ("Allgemeines Verwaltungsrecht", 1977, pág.152.

llenados valorativamente" (wertausfüllungsbedürftige)(87) serían problemáticas, dada la existencia de un "halo" conceptual especialmente amplio.

Ni que decir tiene que cuando se utiliza el término de "problemático" se está haciendo referencia a la posible existencia de varias soluciones o decisiones consideradas igualmente justas por el Derecho, y, por tanto, a la posible discusión sobre la existencia de un margen de discrecionalidad administrativa al respecto(88).

b.- La cuestión es, pues, si la indeterminación y la normatividad hacen que un concepto sea de "libre" apreciación o de atribución de discrecionalidad, con independencia, por el momento, de si dicha indeterminación o normatividad se encuentran situadas en el supuesto de hecho o tipo de la norma, o bien en la consecuencia jurídica.

La teoría de ENGISCH ofrece un excelente y conflictivo punto de partida. En efecto, en su "Introducción al pensamiento jurídico" mantiene que no todo concepto indeterminado y normativo ha de ser, al tiempo, concepto de libre apreciación, pero ello no quiere decir que la indetermina-

(87) La preferencia por esta expresión viene justificada en nota 84.

(88) Desde esta perspectiva analiza, también, la cuestión de los conceptos empíricos y los de valor, Ernst FORSTHOFF (ob.cit.pág.85 y sigs.), quien niega que "las operaciones lógicas que son necesarias para fijar conceptos indeterminados de esta clase (empíricos) a un contenido concreto", requieran o supongan una actividad discrecional, concediéndolo, sin embargo, de forma matizada, en lo que se refiere a los conceptos de valor. ("discrecionalidad es, por consiguiente, conducta selectiva en el ámbito de una realización del valor" (pág.87)).

ción y la normatividad de un concepto no sean la base inevitable de aquellos conceptos que "apuntan a una valoración auténticamente libre"(89). Estos conceptos constituyen precisamente el prototipo de los denominados "conceptos normativos-subjetivos", por ser rellenables mediante una decisión personal de validez incontrastable(90), en contraposición a los llamados "conceptos normativos-objetivos", cuya necesidad de complementación valorativa para su aplicación al caso concreto se ha de cumplir en consonancia con el "ambiente social" cuyo juicio confiere vigencia al orden jurídico estatal(91). Existen, pues, en ENGISCH "conceptos indeterminados de libre apreciación o discrecionalidad"(92), ya que, en realidad, estos conceptos de libre apreciación son subcasos de los indeterminados y normativos.

Ni que decir tiene que toda esta construcción mediante la que se pretenden diferenciar los conceptos indeterminados que encierran discrecionalidad en su propia indeterminación sólo tiene sentido cuando se acepta la posibilidad de una discrecionalidad cognitiva.

(89) "Introducción..." cit., págs. 148/149.

(90) "Introducción..." cit., pág. 146, en donde ENGISCH sigue la doctrina administrativa representada por Rudolf LAUM, Walter JELLINEK y Ernst FORSTHOFF.

(91) "Cabe, también, afirmar que quien aplica el derecho tiene que buscar y examinar valoraciones, ya existentes, de una clase "dirigente" o "dominante". (ENGISCH, "Introducción..." cit. pág. 159). En otros pasajes ENGISCH utiliza la terminología de "valoraciones cambiantes de cambiantes partes del pueblo" (pág. 161).

(92) "Introducción..." cit., pág. 151.

En efecto, la profunda interrelación, fusión o "conexión interna", existente en estos supuestos de conceptos indeterminados de "libre" apreciación entre la apreciación -valga la redundancia- del supuesto hecho y la de la consecuencia jurídica que depende de la anterior, hace que sea imposible -dice ENGISCH- diferenciarlas para concluir reconociendo sólo la libre apreciación de la consecuencia jurídica: "allí donde tenemos que actuar con una apreciación libre de las consecuencias jurídicas, está tácitamente presupuesto que -dentro de ciertos límites- los supuestos a partir de los cuales se determina la consecuencia jurídica constituyen una estimación libre de los supuestos de hecho"(93).

Desde mi punto de vista tal afirmación de ENGISCH adquiere su plena fundamentación(94) una vez puesta en relación con la estructura lógica de la interpretación y la subsunción elaborada por el citado autor tanto en la ya citada "Introducción al pensamiento jurídico" como, muy especialmente, en sus "Logische Studien zur Gesetzesanwendung" (95). Según esta teoría la interpretación ha de ser concebida como un "prius" de la subsunción en un proceso mental inseparable. De alguna manera puede concluirse que la subsunción o "equiparación del caso concreto a enjuiciar con los casos estimados indudables a través del tipo legal"(96).

(93) "Introducción..." cit, pág.150.

(94) Ello no quiere decir, como se verá posteriormente, que tal fundamentación conduzca, necesariamente, a la conclusión de la aceptación de una discrecionalidad de juicio, referida, por tanto, al supuesto de hecho de la norma.

(95) 3ª edición. Heidelberg, 1963.

(96) "Logische Studien..."cit, pág.26. En este sentido, también: "Introducción..."cit. pág.78 y sigs.

sería, a su vez, interpretación de la ley, en el sentido de que en tanto que la interpretación (*Auslegung*) es indagación general, la subsunción sería indagación en dirección al caso concreto, es decir, "interpretación de la ley en dirección al caso concreto(97). Tanto es así que la realización de la subsunción constituye para ENGISCH, "un nuevo resultado de interpretación que puede servir como material de comparación"(98) para las subsiguientes necesidades de aplicación de la ley. Esta vinculación lógica, sustancial, entre interpretación y subsunción queda claramente expuesta a través del ejemplo, utilizado por el propio ENGISCH, referido a la aplicación por los tribunales (99) del concepto indeterminado de "espacio cerrado".

En efecto, ante el supuesto concreto de tener que subsumir el robo en un automóvil cerrado bajo el concepto señalado(100), los tribunales han ido produciendo ante cada

(97) "Logische Studien..."cit.,pág.26.

(98) "Introducción..." cit.,pág.78.

(99) Resulta evidente que al referirse ENGISCH a la función judicial, se aparta del tema que directamente nos ocupa de la subsunción por los órganos administrativos. Sin embargo no hay que olvidar que si se trae a colación es por tratarse de un estudio de lógica para la aplicación de la Ley, y por ello de validez general, tanto más cuanto, como se ha visto, ENGISCH acepta la discrecionalidad cognitiva o de juicio referida unas veces a los órganos judiciales, otras, simplemente, "al que aplica a la ley", y otras, mas generalizables, "a la autoridad competente".("Introducción..."cit.,pág.150.

(100) ENGISCH se refiere al robo descrito antiguamente en el §243, 2 StGB, como el "robo mediante entrada violenta en un edificio o en un espacio cerrado". Actualmente el legislador se expresa en forma mucho más concreta, diferenciando los supuesto de realización del hecho en un edificio, vivienda, local de negocio o servicio o cualquier

nueva "subsunción" una auténtica nueva interpretación. Y así, en tanto que el Tribunal del Reich entendía que "espacio cerrado" es siempre una parte limitada de la superficie de la tierra o del agua, y rechazaba, en consecuencia, la "subsunción" del citado robo dentro del supuesto de hecho (tipo) correspondiente al "robo mediante entrada violenta en espacio cerrado", el Tribunal Federal declaró que sí era aceptable tal subsunción, entendiendo por "espacio cerrado" "toda estructura espacial que no es edificio (este supuesto está contemplado específicamente por la ley) o recipiente...y que está destinada, por lo menos, a que entren personas, y está provista (en parte artificialmente) de instalaciones que impiden la introducción de extraños". Evidentemente la interpretación del concepto ha constituido aquí el "presupuesto lógico de la subsunción", apareciendo con la misma claridad la inevitable vinculación entre ambas fases de la aplicación de la ley(101).

Si se traslada todo lo anterior a la problemática inicial de la aceptación por ENGISCH de una discrecionalidad administrativa de naturaleza cognitiva, el paralelismo con el supuesto y razonamiento que se refería a la actividad judicial es total. En efecto, el supuesto utilizado al respecto, a modo de ejemplo, para evidenciar la "libre" discrecionalidad de la "autoridad competente" referida al tipo o supuesto de hecho en normas que contienen ya la libre apreciación de la consecuencia jurídica, es el de la

.....otro espacio cerrado (243 1, 1 StGB). No obstante el problema, aquí planteado, de interpretación-subsunción, vinculado al concepto "espacio cerrado", subsiste íntegro.

(101) ENGISCH utiliza este supuesto como ejemplo para una mejor subsunción, en general, dado que ha producido subsunciones completamente nuevas ("Introducción..."cit.pág.75).

concesión, o no, de autorización o licencia a empresas de transporte de personas (p.ej. licencias de taxis) en función de que su actividad se considere "de interés público", o no (102) (es decir, de interés para el tráfico o transporte público). En tal supuesto la "elección" de la consecuencia jurídica (conceder o denegar la autorización) depende, a su vez, de la apreciación en un sentido positivo o negativo de un concepto del supuesto de hecho o tipo de la norma (interés público). La conexión interna entre apreciación de la consecuencia jurídica y apreciación del supuesto de hecho es total y absoluta, de tal forma que se negaría la libre apreciación de la consecuencia jurídica si no se afirmase, al tiempo, la del supuesto de hecho (103).

(102) "Introducción..." cit., pág. 144/145 y 150/151.

(103) "Introducción..." cit., pág. 150: "allí donde tenemos que actuar con una apreciación libre de las consecuencias jurídicas, está tácitamente presupuesto que -dentro de ciertos límites- los supuestos a partir de los cuales se determina la consecuencia jurídica, constituyen una estimación libre de los supuestos de hecho". Al margen del planteamiento de fondo, en cuya crítica no entro, por el momento, el ejemplo utilizado por ENGISCH es francamente criticable. En efecto, si ya de per sé es discutible la elección del concepto indeterminado "interés público" residenciado en el tipo de la norma, como "prototipo" de posible concepto indeterminado de libre apreciación (lo que ya JELLINEK ponía en cuestión, tal y como recoge el propio ENGISCH), mucho más nos lo parece la norma escogida como "modelo" de consecuencia jurídica de elección discrecional. Resulta evidente que la consecuencia jurídica depende de la realización o no del supuesto de hecho a que va vinculada en el precepto. Ello es, desde luego, común a cualquier precepto: de la constatación o verificación de haberse realizado el tipo, y, por tanto, de su interpretación de si el mismo es indeterminado en alguna medida, depende la entrada en escena de la consecuencia jurídica prevista. Lo que no se ve, por ningún lado, es que en la norma escogida la consecuencia jurídica esté indeterminada, de forma que la

Ello no quiere decir que ENGISCH responda a la cuestión que nos ocupa de si la indeterminación y normatividad hacen que un concepto sea de apreciación discrecional, de forma afirmativa con carácter absolutamente general(104). Pero sí es cierto que la diferenciación entre conceptos de experiencia y conceptos de valor o normativos, (aún reconociendo el posible carácter indeterminado de ambos(105)) le ha servido para deducir el carácter de apreciación discrecional de los últimos(106) y el de actuación vinculada

.....autoridad competente tenga que actuar con una apreciación libre de la consecuencia jurídica, lo cual ocurre cuando ante la verificación del supuesto de hecho (quién está llamado a realizar tal verificación-interpretación es cuestión sobre la que no me pronuncio en este momento) se concede la posibilidad de elección entre varias consecuencias igualmente valoradas jurídicamente ("adoptará las medidas necesarias, oportunas", etc.). Si, como ocurre en el supuesto concreto presente, sólo cabe UNA consecuencia jurídica para el caso de que se verifique el tipo, y otra para el caso de que no se haya realizado, la elección discrecional no se ve, como se dijo, por ninguna parte. El problema de interpretación-subsunción subsiste, evidentemente, pero el ejemplo utilizado resulta inválido para la argumentación pretendida. Ya la doctrina científica ha puesto de manifiesto cómo el carácter de estos preceptos es, en realidad, típico de la actividad vinculada, ya que son auténticos "muss-Vorschriften", en los que no sólo no existe posible elección, sino que existe obligación de "actualizar" la consecuencia jurídica.

(104) "Introducción..." cit.,pág.151.

(105) Entendiendo,aquí, por concepto indeterminado, un concepto "cuyo contenido y alcance es, en gran medida, incierto". ("Introducción..." cit.,pág.139).

(106) Ciertos conceptos indeterminados y normativos (precisamente, y de forma ineludible, los que apuntan a una valoración "auténticamente libre") serían los continentes de una concesión de discrecionalidad- dentro de un determinado campo de acción (ENGISCH, "Introducción..."cit.,pág.149). La matización, que he subrayado, es importante para la correcta comprensión del pensamiento del citado autor,.....

de los primeros(107). Pero no sólo eso: ENGISCH dá un pa
so más, partiendo precisamente de la base señalada, que lo
aproxima a la actual teoría de la discrecionalidad adminia
trativa referida a los denominados "Koppelungsvorschriften"
o preceptos que constan de un tipo o supuesto de hecho con
tinente de algún concepto jurídico indeterminado, y de una
consecuencia jurídica de apreciación discrecional(108).

Un importante sector de la doctrina administrativa moderna
en Alemania, sobre la que se volverá a incidir detenidamen
te, considera que existe en tales preceptos una esencial

..... que entiende la decisión personal como una deci
sión enmarcada en un campo de acción concreto, por los lí
mites legales y por otras limitaciones . La discrecionalida
d no es, pues, ni en el caso del arbitrio judicial, "li
bre", en el sentido de "ilimitada".

(107) Para ENGISCH los conceptos indeterminados descripti
vos no son, en ningún caso, conceptos de libre apreciación
("Introducción..." cit., págs. 148/149). En el mismo sentido,
FORSTHOFF, Lehrbuch, pág. 85 y sigs. (Cfr. nota 86, supra,
pág. 108). El argumento utilizado por SAINZ MORENO ("Concep
tos jurídicos...", cit., pág. 205, en especial nota 17) de
que no puede concluirse un sometimiento de ambas "clases"
de conceptos a un trato jurídico distinto, dado su común
carácter de conceptos indeterminados, así como debido a la
necesidad valorativa contenida, también, en los conceptos
de experiencia ("no puros"), no tiene en cuenta las numero
sas matizaciones introducidas por ENGISCH, especialmente
al considerar los conceptos de libre apreciación como de
"apreciación personal de valores incontrastables", lo que
reduce su limitado campo de acción a los normativos, así
como tampoco tiene en cuenta la diferencia existente entre
"conceptos llenos de valor" (wertgefüllten) y "conceptos ne
cesitados de complementación valorativa" (vertausfüllungs
bedürftigen), que permite establecer la normatividad, no
tanto en referencia a su percepción o contenido valorativo,
como en base a que necesitan una valoración para ser apli
cados al caso concreto.

(108) Otto BACHOF, "Neue Tendenzen in der Rechtsprechung zum
Erkennen und zum Beurteilungsspielraum", en JZ 1972, pág. 641.

unión interna en la indeterminación que imposibilita el tratamiento distinto del supuesto de hecho o tipo y el de la consecuencia jurídica. En tales preceptos hay que investigar, -se dice- prioritariamente, la concesión o no de discrecionalidad o de capacidad de apreciación no revisable judicialmente que pueda estar contenida en el precepto, entendido como unidad, es decir, sin diferencia entre tipo y consecuencia jurídica a efectos de discrecionalidad. En caso de respuesta afirmativa el "margen de discrecionalidad" (Ermessensspielraum) comprendería ambas partes de la norma, o bien habría que entender que existe un "margen de apreciación" (Beurteilungsspielraum) no revisable (?) judicialmente con respecto al tipo o supuesto de hecho de la norma.

En resumen, pues, si se recuerda que ENGELSCH mantiene la posibilidad de apreciación libre referida tanto al supuesto de hecho como a la consecuencia jurídica; que escoge un ejemplo como el del "interés público" y establece la dependencia, inseparable, entre la libre apreciación del concepto indeterminado residenciado en el tipo y la de la consecuencia jurídica; si se recuerda todo ello -se decía- y se pone en relación con sus estudios sobre la estructura lógica de la aplicación de la ley, resulta claro que, de alguna manera, está adelantando la problemática de los "Koppelungsvorschriften", tal y como modernamente los concibe un importante sector doctrinal de administrativistas. Se retorna, con esta concepción, a la preocupación inicial que sirvió de introducción al tema de los conceptos jurídicos indeterminados, aunque desde posiciones dogmáticas más evolucionadas. Se trata, ahora, no de afirmar que la dis-

crecionalidad es siempre, o en la mayoría de los casos, libre valoración de la consecuencia jurídica, ni tampoco que los llamados "conceptos normativos que necesitan completarx se valorativamente" constituyan, en principio, conceptos atribuidores de discrecionalidad, sino de investigar, has-ta llegar a una determinada conclusión, si la indeterminación y la normatividad han de considerarse como otorgamiento de una verdadera apreciación libre"(109). Se difuminan así las fronteras entre el tipo y la consecuencia jurídica, adquiriendo el precepto, como unidad, un valor absoluto.

Con todo ello están sentados, a mi entender, los presupuestos sobre los que se asienta la teoría del "margen de apreciación" o "Beurteilungsspielraum", al tiempo que están esbozados los elementos para su crítica. Pero antes de entrar en esta amplia y compleja problemática es preciso señalar algunos apuntes críticos a las argumentaciones y conclusiones de ENGISCH(110).

(109) ENGISCH, "Introducción..."cit,pág.151. La aludida "labor de investigación" constituye, precisamente, el acto de interpretación de la Ley, que, en palabras del citado autor, consiste en "preguntarse si los conceptos normativos que existen en la ley constituyen criterios valorativos objetivos o autorizaciones para una valoración propia, o bien conceptos de un criterio "vinculado" o verdaderamente libre". (ob.cit.pág.158).

(110) Si se ha seguido la argumentación de ENGISCH ha sido, precisamente, porque a través de su teoría sobre la normatividad y la aplicación de la ley, quedan claramente dibujados los elementos con los que se va a intentar recomponer la discrecionalidad cognitiva, y conviene recordar que el punto de partida de la jurisprudencia y doctrina dominantes en Alemania, sobre la conformidad a derecho del ejercicio del cargo, no es otro que la aceptación de dicha discrecionalidad. Esto no quiere decir que ENGISCH sea el "precursor" en sentido cronológico, ni que se le pueda considerar.....

1.2.- Como punto de partida al respecto, es válida la óptica expresada, entre otros, por OSSENBUELL(111), de que la problemática última de los conceptos jurídicos indeterminados en relación a su aplicación ha de reducirse (y enfocarse) finalmente a la toma de postura sobre la cuestión del "quis iudicabit?", es decir, de quien debe ser el responsable último de la concretización de un concepto jurídico indeterminado, si el juez o la Administración, es decir, sobre cuál de ambas posibles concretizaciones ha de ser considerada definitivamente como la "justa". Si, tal y como creemos, la pregunta debe ser respondida de forma favorable a los órganos judiciales, entonces las argumentaciones de tipo lógico sobre la interdependencia sustancial entre interpretación y aplicación (en sentido de "subsunción") de normas que contienen conceptos jurídicos indeterminados demostrarán que, precisamente por ello, son exclusivamente los jueces quienes están llamados, en el "Estado de derecho", a la aplicación (en sentido amplio, ahora) de las normas. Si, por el contrario, se concibe la respuesta al "quis iudicabit?" de forma favorable a la Administración, adoptando una postura defensista del aparato esta

..... como el "mentor" teórico reconocido de dicha discrecionalidad cognitiva. Sus argumentaciones son, sin embargo directamente aplicables al tema, como se ha visto, además de poseer un valor "englobante" o "globalizador" de cuantos argumentos son utilizados doctrinalmente para justificar la aplicación administrativa discrecional de los conceptos jurídicos indeterminados. En este sentido, aunque limitado a la teoría de los elementos normativos, lo recoge Carl Hermann ULR en "Zur Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe im Verwaltungsrecht", en Gedächtnisschrift für Walter JELLINEK, 1955, págs. 315 y ss.

(111) Fritz OSSENBUELL, "Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz", 1968, pág. 332.

tal, entonces la misma argumentación servirá para conceder les capacidad de interpretación y de subsunción libres de ulterior revisión judicial (aún en la vía contencioso-administrativa).

Dicho de otra forma: dependiendo de la respuesta que se dé a la cuestión del "¿quis iudicabit?", y en base a las argumentaciones expuestas, o bien ^{se} negará la posibilidad de interpretación y de subsunción de los conceptos indeterminados por parte de la Administración (la aplicación de los mismos será siempre, pues, "cuestión de derecho") o bien se podrá concebir tal posibilidad.

En definitiva, la compleja línea argumental expuesta, prolijamente utilizada, como se verá, y en concreto maneja da por ENGISCH, no conduce, desde mi punto de vista, a la conclusión por él deducida a no ser que previamente se ha ya optado en un determinado sentido en la cuestión del "¿quis iudicabit?" (112). Naturalmente que este autor -lo que no quiere decir que ocurra lo mismo en todos los que se mueven en la aceptación de la discrecionalidad administrativa referida al tipo de la norma- corrige los resultados extremos de sus planteamientos al concebir que la "libre" discrecionalidad sólo se da en relación a decisiones (valoraciones) personales de validez incontrastable. No cabe duda, sin embargo, que el ámbito de lo incontrastable es, desde mi punto de vista, mucho más reducido que el considerado por ENGISCH. La demostración vendrá a través de la crítica a la teoría del "margen de apreciación".

(112) Esta forma de enfocar la problemática de los conceptos jurídicos indeterminados, deja sin sentido, a la vez, a las teorías que, basándose en la existencia de conceptos con un "halo" especialmente amplio (normalmente entre los "necesitados de complementación valorativa"), pretenden la libre apreciación de los mismos. Cfr. OSSENBUHL, "Vom unbestimmten Gesetzesebegriff zur letztverbindlichen Verwaltungsentscheidung" en DVBl 1974, págs. 309-313.

2.- La teoría del "margen de apreciación".

a.- En sus primeras formulaciones(113) la pretensión de introducir un ámbito de apreciación de conceptos jurídicos indeterminados ubicados en el tipo de la norma (-márgen de apreciación que estaría "libre" de la ulterior posibilidad de exámen judicial-), parte de la reafirmación de la discrecionalidad administrativa como discrecionalidad de conducta o de acción, localizada, por tanto, en la consecuencia jurídica de la norma, y de la nítida diferenciación entre "interpretación" de los conceptos indeterminados, (que se mantiene como "cuestión de derecho" excluyente de la discrecionalidad administrativa) y "subsunción" de la situación de hecho bajo los mismos (que requeriría el reconocimiento de un márgen de apreciación no sometido a revisión judicial en favor del órgano administrativo o funcionario público que la realiza).

Este "márgen de apreciación" o "Beurteilungsspielraum", según terminología impuesta por BACHOFF(114), constituiría

(113) Fundamentalmente: Klaus MEYER, "Zur Problematik der unbestimmten Begriffe in der Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte", en DÖV 1954, págs.368 y sigs.; Roland JAROSCH, "Die Prüfung unbestimmter Rechtsbegriffe durch die Verwaltungsgerichte/", en DVBl 1954, págs.521 y sigs.; Otto BACHOF, "Anmerkung zu dem Urteil des LVG Minden, de 19-6-1951", en DÖV 1952, págs.119-120; el mismo, "Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht", en JZ 1955, págs.97 y sigs.; Carl Hermann ULL, "Zur Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe im Verwaltungsrecht", en Gedächtnisschrift für Walter JELLINEK 1955, págs.309 y sigs.; Dietrich JESCH, "Unbestimmter Rechtsbegriff und Ermessen in rechtstheoretischer und verfassungsrechtlicher Sicht", en AöR. Tomo 82, 1957, págs.163 y sigs.

(114) En "Beurteilungsspielraum..." cit.1955. Más recientemente es observable, tal y como señala OSSENBUHL, una tendencia a abandonar ese término, que puede conducir a

para unos un "tertium genus" entre la actividad discrecional y la vinculada de la Administración(115), al tiempo que es considerado por un mayoritario sector de la doctrina y de la Jurisprudencia como un nuevo intento de introducir la antigua discrecionalidad administrativa cognitiva o de juicio, cuando no, simplemente, equiparado a ella (116).

..... representaciones falsas; por el contrario ha adquirido una amplia difusión el de "Beurteilungsermächtigung", utilizado por KELLNER, o bien el de "Beurteilungsprivileg", que es utilizado también por algunas sentencias (por ejemplo, VGH MÜNCHEN, en DVBl 1967, pág.91.

(115) Ello no deja de ser problemático, tal y como recoge el propio BACHOF, dado que no parecen encontrar apoyo en los textos positivos unos actos de la Administración que no fuesen ni actividad reglada ni discrecional. (BACHOF, "Neue Tendenzen in der Rechtsprechung zum Ermessen und zum Beurteilungsspielraum" en JZ 1972, pág.642). ULR, por su parte, deja bien clara la posibilidad existente, a su entender, de esa tercera forma de actividad de la Administración, "que es actividad relativamente libre, y relativamente vinculada" (Zur Anwendung..."cit., pág.315).

(116) Así lo recoge por ejemplo, Horts-Jaachin MÜLLER, "Das Ermessen in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts", en DÖV 1969, pág.120 (en especial, nota 6); también, Fritz OSSENBÜHL, quien, sin embargo, opina que ello podría estar justificado en un principio solamente, pero no en la ulterior formulación y estado de la teoría del "margen de apreciación" ("Tendenzen und Gefahren der neueren Ermessenslehre", en DÖV 1968, pág.620 (especialmente, nota 16); en pág.619 analiza la evolución teórica al respecto afirmando que los conceptos discrecionales fueron sustituidos por los conceptos jurídicos indeterminados con margen de apreciación). Para Gerd SCHMIDT-EICHSTADT, todas las formulaciones del "margen de apreciación" o "Beurteilungsspielraum" no son más que "la antigua discrecionalidad de apreciación (Beurteilungsermessen) con nueva vestimenta" ("Ermessen, Beurteilungsspielraum und eigenverantwortliches Handeln der Verwaltung", en AöR 1973, pág.189), además de considerarlas "construcciones totalmente superfluas" (dada su defensa de una Administración fundamentalmente autoresponsable, y de su análisis de los conceptos jurídicos). En nuestra doctrina, señala GARCIA DE ENTERRIA cómo a través

Al margen de la temprana afirmación de BACHOF, en 1952, donde ya se aproximaba a su ulterior formulación de la teoría del "Beurteilungsspielraum" al considerar que "los conceptos jurídicos indeterminados dejan abierto un cierto margen para la apreciación jurídica(117), la primera construcción estructurada, al respecto, hay que reconocérsela probablemente a Klaus MEYER. Para éste resulta altamente positiva la diferenciación, que ya venía manteniendo FORSTHOFF(118), entre conceptos que se refieren a hechos o circunstancias empíricas y aquellos otros que, como conceptos de valor, constituyen, como ya se ha visto, una categoría especial. Esta diferenciación no quiere decir, según MEYER, que ambos criterios se excluyan, dado que "también los conceptos de valor tienen una referencia a hechos empíricos(119). Lo importante realmente -lo que los diferencia y lo que ha de justificar un tratamiento jurídico distinto- es que en los primeros se subsumen hechos, directamente, en la ley, en tanto que en los segundos lo que se subsume es un juicio de valor, ya que previamente ha habido que valorar los hechos(120).

Las dificultades de control judicial de la corrección de esta subsunción no sólo van a venir dadas por la propia

..... de la teoría del margen de apreciación se ha pretendido volver a la antigua discrecionalidad cognitiva ("Curso de derecho administrativo", Tomo I, pág.274).

(117) Comentario a la sentencia de LVG Minden, cit.pág.119.

(118) FORSTHOFF, Lehrbuch, pág.69 y sigs.

(119) Klaus MEYER, "Zur Problematik..."cit.págs.368.

(120) Klaus MEYER, "Zur Problematik..."cit.pág. 369.

esencia valorativa de la subsunción, sino, y sobre-todo por la ausencia de principios de experiencia (Erfahrungssätze) a los que referir la actividad de control. Cuando esto ocurre "no se puede corregir un juicio de valor, sino que tan sólo se puede "ser de otra opinión"(121). Dicho de otra forma, la interpretación de la ley está sujeta, en todo caso, a la plena revisión judicial, al igual que lo está la constatación de hechos; la valoración de los mismos, por el contrario, no lo está, o, al menos, no lo está indiscriminadamente: los jueces administrativos están llamados a la comprobación de la corrección de su aplicación, es decir, de la valoración no defectuosa de los hechos, cuando existen reglas de experiencia generales para la valoración(122). En otro caso existirá una subsunción valorativa de la Administración no revisable judicialmente.

BACHOF recoge en 1955 la orientación establecida por MEYER, y ya prevista por él en 1952, tal y como se señaló, globalizando la alternativa de forma que resulte válida para cualquier concepto jurídico indeterminado, tanto si es de experiencia como si se trata de uno de valor. Su preocupación va a ser, también, intentar delimitar claramente la esencia y ámbito de la discrecionalidad administrativa con respecto al "margen de apreciación", que, aún siendo cognitivo, nada quiere tener que ver con la denominada

(121) Klaus MEYER, "Zur Problematik..."cit.pág.370: "So weit bei dieser Wertung unrichtige allgemeine Erfahrungssätze zugrundegelegt, Erfahrungssätze unrichtig oder unvollständig angewandt worden oder Denkfehler unterlaufen sind, liegen kontrollierbare Mängel vor. Wenn solches nicht der Fall ist, kann man ein Werturteil nicht berichtigen, sondern nur "anderer Meinung sein".

(122) Klaus MEYER, "Zur Problematik..."cit.pág.370.

"discrecionalidad de apreciación" o "Beurteilungsermessen".

Conviene detenerse en su formulación inicial(123). En efecto, según ésta, existe una diferencia fundamental entre la discrecionalidad que es "elección entre varias formas de conducta jurídicamente posibles", y "margen de apreciación", en donde la Administración no elige su conducta, sino que las distintas posibilidades de su conducta resultan de las distintas posibilidades de apreciación. En el ámbito de los conceptos jurídicos indeterminados no cabe duda de que su interpretación es "cuestión de derecho", y por ello no discrecional. En principio ello es extensible a la aplicación de tales conceptos y, desde luego, hace que la cuestión de la existencia de los hechos fundamentales sea, también, judicial. Pero con respecto a la "aplicación" de los conceptos hay que diferenciar dos posibles y distintas "cuestiones de derecho": si, por un lado, un estado de cosas es subsumible objetivamente en un tipo legal, o bien, por otro lado, si la Administración puede subsumir una circunstancia, subjetivamente, en un tipo, según apreciación "conforme a deber". Ello equivale a diferenciar, en base a la posibilidad o no de examen judicial, la interpretación (¿qué entiende el legislador por "necesidad", "peligro", "interés público"...?) y la aplicación o subsumición del caso concreto (¿es este caso concreto un supuesto de "necesidad", "peligro", "interés público", etc..., tal y como vienen ya definidos los conceptos?).

(123) Contenida en "Beurteilungsspielraum, Ermessen und ein bestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht", JZ 1955 pág. 97 - 102, que seguimos sin especificar en notas.

Es, prosigue BACHOF, en el terreno de la subsunción donde puede surgir la posibilidad de discutir si existe "una única solución correcta en el caso concreto". Ello será muy dudoso cuando intervienen conceptos de valor, ya que en tales casos no es admisible que sólo pueda existir una solución correcta. Con seguridad existen límites contables. Pero dentro de esos límites, dentro del posible "margen de apreciación" (que también es delimitable objetivamente, en cierta medida) no se podrá hablar de una apreciación correcta única, sino sólo de "distintas opiniones posibles".

Esto mismo ocurre, -siempre según BACHOF-, con los denominados "conceptos de experiencia", que generalmente, sin embargo, suelen concebirse como objeto de una sólo solución correcta. La diferencia entre ambas clases de conceptos puede mantenerse, no obstante, siempre y cuando no se haga abstracción de la interrelación o tránsito constante de la experiencia a la valoración. De esta forma resultará que la subsunción de una circunstancia en un tipo que se caracterice por sus conceptos indeterminados requiere una apreciación según principios de experiencia y según representaciones valorativas. Así, por ejemplo, la cuestión de si la construcción de una gasolinera en un determinado lugar representa un "peligro para el tráfico" es decidible según principios objetivos de experiencia, sólo en teoría. En la práctica y en el caso concreto, sin embargo, tales conceptos de experiencia pueden (no "tienen que") requerir una subsunción según apreciación conforme a deber del funcionario público pertinente.

Con todo ello no ha justificado, sin embargo, BACHOF, todavía, si el legislador puede conceder a la Administración un "margen de apreciación" particular, mediante la utilización de conceptos jurídicos indeterminados, sin contravenir los principios del "Estado de derecho". Hay que tener en cuenta -prosigue BACHOF- que no todo concepto indeterminado concede un "margen de apreciación" para la aplicación de los mismos, ya que ello ha de considerarse como excepción (la presunción juega en contra de dicho márgen). Su existencia requiere una fundamentación cuidadosa, cuando no su expresión en la ley. Hay que tomar conciencia, sin embargo, que si bien el legislador tiene la obligación, en un "Estado de derecho" basado en el principio de legalidad, de determinar al máximo los presupuestos legales, existen supuestos en los que, sin renunciar a ese principio, no puede hacerlo sin acudir a conceptos "rellenables", más o menos, valorativa y subjetivamente.

En resumen, pues, no la apreciación de esos conceptos, sino la apreciación, diferenciable y derivada de aquella, de si los presupuestos típicos marcados por cada concepto existen en el caso concreto, sería susceptible de permanecer concedida a la responsabilidad final de la Administración, dentro de un cierto margen y a causa de la limitada posibilidad subjetiva y objetiva de conocimiento: la subsunción, pues, y no la interpretación.

Con posterioridad, aunque en el mismo año, la incipiente teorización del "Beurteilungsspielraum" recibe una nueva formulación global, esta vez a cargo de ULF y su "teoría de la fundamentación" o "Vertretbarkeitslehre"(124), cuya

(124) "Zur Anwendung..." cit.

conclusión está dirigida, igualmente, a delimitar el ámbito al que ha de referirse la revisión judicial de la apreciación administrativa: el tribunal administrativo no debe colocar su propio juicio valorativo en el lugar del de la autoridad administrativa en los denominados "casos-límite" (Grenzfällen), en tanto el parecer u opinión de la Administración esté fundamentada en base a circunstancias de hecho constatadas(125). Es, por tanto, la constatación de la fundamentación de una decisión o resolución administrativa el margen o ámbito propio al que debe limitarse el examen judicial.

ULE llega a esta conclusión partiendo de varios presupuestos que es indispensable tener en cuenta para la correcta comprensión de la misma. La existencia de conceptos jurídicos indeterminados en las leyes (administrativas) no ha de entenderse como autorización para decisiones discrecionales, tanto por razones de lógica jurídica como constitucionales(126), y, desde luego, es igualmente indiscutible para ULE la absoluta imposibilidad de conciliar dos ideas tan dispares como, por un lado, el hecho, indiscutido en el "Estado de derecho", de que el legislador vincula típicamente a la Administración, y, por otro lado, la pretensión de que la decisión sobre la existencia del tipo o supuesto de hecho es de interpretación discrecional para la Administración(127). Desde la perspectiva de la relación entre la Administración, la ley y los tribunales los conceptos jurídicos indeterminados representan el punto medio entre los casos de "absoluta" vinculación de la Administra

(125) "Zur Anwendung..." cit. pág. 326.

(126) "Zur Anwendung..." cit. pág. 313.

(127) "Zur Anwendung..." cit. pág. 329.

ción a la ley en los conceptos determinados, y los de "aboluta" desvinculación o libertad para la propia decisión (o discrecionalidad). En el caso de los conceptos indeterminados -prosigue ULE- la Administración está "relativamente" vinculada y "relativamente" libre(128).

En efecto, según esta concepción, la Administración está relativamente vinculada en la medida en que su juicio de valor(129) depende de determinadas medidas valorativas sociales, culturales o económicas, que "vinculan" su valoración, de forma que se hace posible decir que cualquier otra autoridad administrativa la habría realizado en la misma situación. A pesar de ello -prosigue ULE- también existe una libertad "relativa", ya que en los casos límite o extremos es posible una apreciación diferente de las circunstancias que fundamentan la decisión valorativa(130).

(128) "Zur Anwendung..." cit. pág. 315. La utilización del entrecomillado por el propio ULE, es ampliamente significativo de su presunción, explicitada en algunos casos, de que no puede hablarse de una absoluta libertad con respecto a la ley, en los casos de actuación discrecional. Por otro lado deja bien claro que su concepción parte de la existencia de una tercera categoría de actuación administrativa, junto a la actividad reglada o vinculada y la discrecional.

(129) Hay que reparar que ULE se mueve en la línea marcada por MEYER, y, por tanto, refiere su teoría a los conceptos de valor o normativos, es decir a aquellos que requieren un juicio de valor para su aplicación. ("Zur Anwendung..." cit. pág.318).

(130) "Zur Anwendung..." cit, págs.324/325. Por ejemplo, dice ULE, la autoridad administrativa debe encontrar o tomar la decisión (resolución) sobre si una empresa de transporte contraría el interés del transporte o tráfico público o no, de forma que cualquier otro funcionario, autoridad administrativa, la habría tomado, dada una misma extensión territorial, población y estructura económica, y no en base a su propia voluntad (en el sentido de "discrecionalidad").
.....

En tales casos, concluye ULE, no es lógico que el tribunal declare su decisión como la única decisiva. Es decir, la existencia de los presupuestos o circunstancias de hecho que fundamentan la decisión o resolución administrativa es absolutamente examinable judicialmente, no así, sin embargo, la apreciación valorativa de dichos presupuestos que se requiere para la subsunción de los mismos bajo un concepto jurídico indeterminado en los casos-límite. En tales supuestos el tribunal administrativo debe seguir la concepción (Auffassung) de la autoridad administrativa, siempre y cuando esa concepción esté fundamentada. La definición, por lo demás, de cuales sean dichos casos-límite, es decir, el establecimiento de los límites del "margen de apreciación" en el que resultan igualmente correctos (jurídicamente) distintos "juicios de valor", corresponde a los propios tribunales administrativos(131).

b.- La Jurisprudencia alemana y el "margen de apreciación".

Pese a que gran parte de la doctrina científica justificaba, a mediados del siglo, los esfuerzos tendentes al reconocimiento del "margen de apreciación" de la Administración, en los términos señalados anteriormente, en base a la existencia de una Jurisprudencia excesivamente rígida en lo que se refería al control de las actuaciones de la Administración, (control rígido que venía motivado -según estas opiniones doctrinales- por la reacción compensatoria

..... En la esencia de esta decisión, y en la apreciación de las circunstancias que la fundamentan, desde la óptica de si es contraria al interés público, existe una posibilidad de apreciación distinta.

(131) "Zur Anwendung..." cit.,pág.326.

frente a la situación jurídica existente bajo el régimen nacional-socialista(132), lo cierto es, sin embargo, que hasta 1960 tal hecho -excesiva rigidez- no era una realidad uniforme.

b.1.- En muchos supuestos, y en general ello es observable en los términos de la polémica doctrinal de la época, los tribunales seguían debatiendo y decidiendo si un concepto indeterminado presente en un precepto debía de ser considerado como concepto jurídico, en cuyo caso su aplicación habría de considerarse como "aplicación del derecho" totalmente sometida al control judicial, o bien si dicho concepto lo era de concesión de discrecionalidad administrativa para su correspondiente decisión determinatoria; en cuyo caso la inexamibilidad judicial (en los términos relativos considerados anteriormente) sería la consecuencia. La constatación de esta realidad doctrinal y jurisprudencial demuestra, por sí misma, que todavía era posible concebir la discrecionalidad administrativa como "discrecionalidad de juicio", es decir, cognitiva, ya que, tal y como resalta entre otros muchos SCHMIDT-EICHSTAEDT(133), la disyuntiva anterior pierde todo su sentido en cuanto la discrecionalidad se entiende como "discrecionalidad de conducta o de acción", localizada, por tanto, en la parte

(132) Así lo analiza, por ejemplo, Hugo KELLNER, aludiendo a la famosa ley del "peñdulo", en "Der sogenannte Beurteilungsspielraum in der Verwaltungsgerichtlichen Prozesspraxis", en NJW 1966, pág.857.

(133) Gerd SCHMIDT-EICHSTAEDT, "Erwessen, Beurteilungsspielraum und eigenverantwortliches..." cit.pág.175.

de la consecuencia jurídica de la norma. En este caso todo concepto indeterminado localizado en el tipo de la misma será un concepto jurídico, con las consecuencias ya conocidas(134).

Así, la sentencia de 16-1-1953 del Verwaltungsgerichtshof, Karlsruher Senat(135), manifiesta que conceptos como "necesidades económicas", "necesidades técnicas del tráfico", necesidades sociales", necesidades políticas de vivienda", "necesidades sanitarias, culturales, etc...", no son conceptos jurídicos indeterminados y no pueden, por tanto, estar sujetos a una interpretación y examen judicial ulterior objetivo. Se trata de conceptos legales poco determinados que tienen el significado de líneas directivas para la discrecionalidad de las autoridades". Hermann REUSS, que es considerado por KELLER como introductor de la posibilidad de un margen de apreciación libre(136), y otras veces citado simplemente como uno de los primeros impulsores de esa teoría(137), somete a crítica, sin embargo, a esta sentencia, en un comentario a la misma aparecido en 1954(138), y que engloba, asimismo, el comentario

(134) Ello explica el cuidado mostrado por cuantos formularon inicialmente tesis favorables a un cierto margen libre de apreciación administrativa, en cuanto a una previa toma de postura sobre la cuestión.

(135) Reproducida en DÖV, 1953, pág. 641.

(136) Hugo KELLNER, "Der sogenannte..." citado, pág. 857.

(137) Así, Klaus OBERMAYER, "Die Beurteilungsfreiheit der Verwaltung", en BayVBl 1975, pág. 257.

(138) Hermann REUSS, Comentario a las sentencias citadas, en DÖV, 1954, págs. 55-57.

crítico a la sentencia del VGH Freiburg de 30-7-1953(139) en la que se afirma, igualmente, que el concepto de "interés para el tráfico o transporte público" no es un concepto jurídico indeterminado, y, por tanto, la cuestión de si una empresa contraviene dicho interés, y hasta qué punto, no es cuestión de hecho o de derecho que pueda ser examinada judicialmente con ulterioridad .

Tal y como se señaló antes es constatable que la crítica de REUSS parte de su total identificación con la doctrina y Jurisprudencia dominantes, en cuanto a la consideración de la discrecionalidad como "de acción" (presuponiendo la división de la norma en la parte del tipo y en la de la consecuencia jurídica). Los conceptos aludidos en las sentencias citadas son, para REUSS también, auténticos conceptos jurídicos indeterminados, sólo soportables, añade, porque existe el correctivo de su control ulterior (140).

También la sentencia del OVG Münster de 24-11-1953(141) declara que el concepto de "necesidad pública" no es un concepto jurídico indeterminado sino que "perfila un tipo discrecional" (Ermessenstatustatbestand)(142). Esta conclusión se fundamenta, de forma especialmente significativa, por la original utilización que se hace de la diferenciación entre conceptos empíricos, citados expresamente en la sentencia, y los que constituirían, aunque de forma difusa e indirecta en el texto de la sentencia, los "necesitados de una complementación valorativa". Lo que destaca es que

(139) Reproducida en DÖV 1953, pág. 636.

(140) Hermann REUSS, Comentario... cit. pág. 57.

(141) Reproducida en DVB1 1954, págs. 229-235.

(142) Sentencia cit. pág. 230.

el carácter de concepto jurídico indeterminado es reservado para los primeros, en tanto que los segundos lo son de concesión de discrecionalidad. Y se dice que esto es lo más destacable, no porque ello no enraice con una compacta construcción dogmática, como ya se ha visto, que cifra en la indeterminación valorativa el origen o la causa de la aplicación discrecional (incluida la interpretación) de un concepto de la ley, sino porque la propia necesidad de resolver sobre un concepto en el terreno estricto que delimita la alternativa de si se trata de un concepto jurídico indeterminado o, por el contrario, de uno atribuidor de discrecionalidad, fuerza al tribunal a considerar, con carácter general, a todo concepto no empírico como de interpretación discrecional. En efecto, la sentencia se expresa en los siguientes términos: "Si se trata de conceptos cuyo contenido concreto se constata mediante una operación lógica, se tiene que suponer, básicamente, la existencia de un concepto jurídico indeterminado. En tales conceptos empíricos no hay elección entre varias soluciones, sino una aproximación, mayor o menor, a la solución correcta. La aplicación del concepto al caso en particular, es, simplemente, un acto de conocimiento en el que no se puede aceptar ninguna influencia de la voluntad en el resultado. Si, por el contrario, la decisión debe estar sujeta a la decisión de la voluntad de la autoridad administrativa no se trata, entonces, de una cuestión de derecho..."(143).

(143) Sentencia de OVG MÜNSTER, cit. 234/235.

Para ULE estas y otras sentencias similares(144) resultan, asimismo, profundamente criticables; no pueden considerarse los conceptos indeterminados de la ley como concesiones para decisiones discrecionales(145).

Con todo esto coincide la corriente jurisprudencial dominante(146), pero no por ello puede afirmarse que el panorama jurisprudencial y doctrinal estuviese plenamente clarificado al respecto: la cuestión de la discrecionalidad administrativa y de los conceptos jurídicos indeterminados ha sido siempre polémica(147), es decir, no totalmente aceptada, en los términos en que se imponía, mayoritariamente, la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados, ya como concepción del ámbito de discrecionalidad, ya como

(144) Por ejemplo: OVG Hamburg, de 30-1-1953 (sobre el concepto "bien común"), recogida en MDR 1953, págs. 316 y sigs.; también BVerwG de 10-3-1954 (sobre el concepto "Interés del transporte público"), en DVBl 1954, pág. 501 y sigs.

(145) "Zur Anwendung..." cit. pág. 313.

(146) El Tribunal Constitucional llega a manifestarlo expresamente en su resolución de 12-1-1967, en NJW, pág. 619 y sigs. (también en DVBl 1967, pág. 232): "La complementación (Ausfüllung) de conceptos indeterminados de la ley en base a puntos de vista orientativos-normativos resultantes de la ley, es una misión habitual y reconocida de los órganos de aplicación del Derecho" (pág. 620).

(147) Cfr. Fritz OSSENBUHL, "Ermessen, Verwaltungspolitik und unbestimmter Rechtsbegriff", en DÖV 1970, págs. 85 y sigs., donde manifiesta que ni tan siquiera en dicha fecha, en que es dominante la aceptación de la discrecionalidad como "discrecionalidad de la consecuencia jurídica", ello resulta indiscutido (pág. 86).

simple técnica de control de la discrecionalidad(148). Es, pues, en este marco donde se inscribe la dogmática del "margen de apreciación", y no en el pretendido por muchos autores del "contrapeso" frente a un férreo control de la actividad administrativa.

b.2.- La Jurisprudencia alemana reaccionó, desde el principio, en contra de la admisión del citado margen(149), siendo, sin embargo, reconocida una "prerrogativa de estimación" (Einschätzungsprärogative), -también denominada, a

(148) Fernando SAINZ MORENO, "Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa",pág.274.(en el sentido de que se trata de una concepción del ámbito de discrecionalidad).

(149) Así, por ejemplo, anteriores a 1971, las sentencias del BVerwG de: 28-5-1963 (BVerwGE, 16, 116; también en NJW 1963 págs.2088-2092 (2091): "la cuestión de si existen los presupuestos del parágrafo 9 párr. 2 y 3 de la Fernstrassengesetz es cuestión de hecho y de derecho, sometida al pleno ámbito del examen judicial" (sobre el concepto de "peligro para el tráfico"); de 26-9-1963 (BVerwGE 17,5; también en NJW 1964,págs.741-742): "el tribunal administrativo puede examinar si la permanencia de los soldados en su situación de servicio pondría en peligro el orden militar o el prestigio del ejército federal, gravemente; la autoridad de licenciamiento no tiene ningún margen de apreciación excluido del control judicial"; de 29-4-1964 (BVerwGE 18, 247; también en NJW 1964, págs.1973-1976 (1974), sobre el concepto de "perjuicio para los intereses públicos"; de 22-5-1964 (BVerwGE 18, 305; también en NJW 1964, págs. 1915-1916 (1916), en torno al concepto de "informalidad" de un solicitante que pretende autorización para industria hotelera. La posible "informalidad" en que se basaría la denegación se apreciaría dada la anterior condena penal del solicitante; de 29-1-1965 (en DÖV 1965, pág.562), sobre el concepto de "exigibilidad"; de 22-4-1966 (en DÖV 1966, pág.722), sobre el carácter "monumental" de un edificio. Cfr., también, las aportaciones doctrinales hechas desde la judicatura: en especial,Hugo KELLNER,"Der sogenannte Beurteilungsspielraum...",cit.en NJW 1966,págs.857 y sigs.

veces, "margen de apreciación"- referida a supuestos muy especiales: decisiones de exámenes, y valoraciones del servicio hechas por los superiores jerárquicos sobre sus funcionarios subordinados(150).

Al detenerse en estos supuestos, y en la fundamentación que hace la Jurisprudencia de la aceptación de la no revisibilidad de tales decisiones administrativas, se constata, inmediatamente, que tal aceptación resulta obligada dada "la imposibilidad de repetir situaciones de exámenes en su unicidad y totalidad"(151). Es esto lo que conduce a la subsunción del carácter incontrastable o infundamentable de esta clase de decisiones, que se mueven, por tanto, en el terreno de lo "subjetivo-valorativo"(152).

Ello no obstante, la anterior argumentación requiere una doble matización consistente en la limitación de tal privilegio de libre apreciación a la "subsunción" en los casos límites". Además, esta concesión a la apreciación administrativa se compensa, tal y como recoge OSSENBÜHL, mediante la realización de un escrupuloso examen del cumplimiento de los preceptos de procedimiento o formales,

(150) La más clara expresión jurisprudencial de esta línea absolutamente dominante en estas fechas (años 60), la constituye, tal vez, la sentencia del BVerwG de 2-4-1968, (en DVBl 1968, págs.428 y sigs. (429), donde se manifiesta claramente que sólo en esos tres supuestos se acepta o es reconocido la "Beurteilungsermächtigung".

(151) BVerwG, DVBl 1966, pág.571, con comentario de ULE.

(152) Cfr. Fritz OSSENBÜHL, "Vom unbestimmten Gesetzbegriff zur letzverbindlichen Verwaltungsentscheidung", en DVBl 1974, pág.311. También Hugo KELLNER, "Der sogenannte Beurteilungsspielraum in der verwaltungsgerichtlichen Prozesspraxis", en NJW 1966, pág.859.

de la posibilidad de recusar a un examinante a causa de parcialidad, o con el establecimiento de la obligación de fundamentar la decisión, en estrecha relación con el derecho a investigar en las actas de examen.

La delimitación a los supuestos citados demuestra, por sí misma, cómo el argumento de la imposibilidad de repetir situaciones de valoración global no admite pretensiones extensivas: sólo si estas situaciones son reconducibles a una última valoración estrictamente personal resultará obligado el reconocimiento de un margen administrativo incontrolable. Interesa destacar especialmente, que si bien es evidente el parentesco de la argumentación jurisprudencial con la teoría de ENGISCH relativa a los conceptos normativo-subjetivos(153), o la de JESCH, BACHOF o ULE, entre tantos otros, el carácter restrictivo con que utiliza esta fundamentación la Jurisprudencia permite pensar, a la vez, en sus diferencias(154). En efecto, en tanto que ENGISCH se refiere a "decisiones producto de apreciaciones personales de validez incontrastable"(155) es posible restringir este ámbito de lo "personal" (es decir, de lo no generalizable), a unos supuestos concretos muy determinados. Por eso pienso que la formulación de ENGISCH de los conceptos normativo-subjetivos no justifica la utilización extensiva que ese mismo autor hace de su teoría, así como tampoco lo exige la argumentación de JESCH referida a la imposibilidad

(153) Cfr. supra págs. 110 y sigs.

(154) Desde esta óptica, KELLNER, "Der sogenannte..." cit. pág. 859.

(155) "Introducción..." cit. pág. 146. Cfr. supra pág. 115/116.

de repetir ante el tribunal la totalidad de los elementos tenidos en cuenta en la decisión inicial. La crítica, por tanto, que hay que hacerles se centra en el carácter restrictivo con que deben utilizarse estos argumentos(156).

Desde este mismo punto de partida se ha enfocar, también, la crítica a las formulaciones extensivas de MEYER, BACHOF o ULE. Las diferencias son, sin embargo, muy significativas, ya que en estos autores es la propia teoría la que lleva implícita su carácter generalizable. Esto es de fácil constatación si se recuerda que para estos autores este ámbito de decisiones se resuelve en la imposibilidad de afirmar una única solución correcta; en estos casos, dicen, el tribunal tan sólo puede ser de otra opinión, sin que ello signifique, en la medida en que la del funcionario u órgano administrativo esté, también, fundamentada, que deba suplantar a la de la Administración. La generalización que permite esta formulación salta a la vista: todo lo opinable, si está fundamentado, es inalterable. Utilizar esta teoría con carácter restrictivo resulta, en consecuencia, muy difícil, cuando no imposible. Por eso es importante resaltar la naturaleza tan sólo aparente de la similitud entre los planteamientos de la Jurisprudencia, en los supuestos señalados, y los del "Beurteilungsspielraum" o "margen de apreciación". Por lo demás las conclusiones de esta matización son importantes: el reconocimiento de un reducido y extremo ámbito personal incontrastable, conformado por un haz de valoraciones intelectuales, posiblemente distanciadas, incluso, en el tiempo y en el espacio, y de imposible repetición, es el reconocimiento de una reg

(156) Al respecto, supra pág. 115 y sigs. (120).

lidad inalterable sin incurrir en un claro abuso de poder por arbitrariedad legislativa; por el contrario, el mandato legal de que dentro de lo opinable y fundamentado prevalezca la opinión y fundamentación de un determinado órgano, es, simplemente, establecer una jerarquía resolutive, basada en el criterio de la independencia y objetividad en la decisión de los conflictos entre la Administración y los ciudadanos. En el orden penal cabe afirmar, además, que en el primer supuesto no se puede, ni se pretende, imponer un "deber ser" coincidente con el baremo de "tal y como habría actuado (o decidido) cualquier persona normal en la misma situación", por no existir posibilidad comparativa, en tanto que en el segundo existe tal posibilidad.

b.3.- En 1971 se produjo un cambio jurisprudencial en Alemania con respecto a la doctrina que los mismos tribunales habían sentado, con motivo de unos supuestos determinados. Este cambio, que como se verá ha sido valorado de distinta manera por la doctrina científica, se manifiesta en la famosa decisión o dictámen del Gemeinsamer Senat der Obersten Bundesgerichte, de 19-10-1971(157), y en la sentencia del BVerwG de 16-12-1971, conocida como "Indizierungsurteil"(158).

(157) GmS- OGB 3/70; también en BVerwGE 39, 355, y BGHZ 58, 399. Reproducida también en: NJW 1972, págs. 1411-1414, con comentario de Michael KLOEPFER (1411-1412); DVB1 1972, págs. 604-608, con comentario de Konrad HEDEKER (608-609); JZ 1972, págs. 655-658.

(158) BVerwGE 39, 197; reproducida también en: JZ 1972, pág. 204-207, con comentario de Otto BACHOF (208-210); DVB1 1972, págs. 388-390, con comentarios de SCHMIDT-SALZER y WA GENITZ; NJW 1972, págs. 596-599; DOV 1972, págs. 419 y sigs.

En la primera de ellas se manifiesta que la decisión de la autoridad competente sobre si la recaudación de un determinado impuesto es "injusta" (unbillig) en el caso concreto, es una decisión discrecional. El precepto al que se refiere la decisión administrativa(159) faculta a dichas autoridades a no recaudar el impuesto ("pueden cancelar o dispensar de impuestos..." -dice el precepto en su consecuencia jurídica) si se dá el presupuesto de que resulta injusta, en el caso concreto, su recaudación (presupuesto típico).

El concepto en cuestión había sido considerado tradicionalmente por la Jurisprudencia administrativa como prototipo de concepto jurídico indeterminado(160), por lo que su aplicación fué, siempre, "cuestión de derecho" plenamente examinable judicialmente, de forma que su interpretación sólo admitía una sola decisión correcta. El ámbito de discrecionalidad seguía definiéndose, en todo caso y exclusivamente, como "discrecionalidad de la consecuencia jurídica" (Folgeermessen)(161).

Para el Senado judicial citado, en la decisión ya aludida, por el contrario, el precepto ha de entenderse como "un precepto global o unitario de discrecionalidad" Se trata de uno de los llamados "Koppelungsvorschriften" en donde "el contenido sólo puede ser apreciado en su conjunto", de tal manera que entre el concepto "injusto" y la

(159) Parágrafo 131, párrafo I núm. 1 de la AO o Ley de adaptación de impuestos (Steuernpassungsordnung).

(160) Así lo recoge Walter SCHMIDT, "Abschied vom unbestimmten Rechtsbegriff", en NJW 1975, pág.1753.

(161) Así, BVerwG, sentencia de 13-2-1970 (BVerwGE 35, 69).

consecuencia jurídica ("pueden..." (können..."), dice el precepto en cuestión) "existe una conexión o unión indisoluble". El concepto "injusta", aplicada a la recaudación del impuesto, determina, pues, el contenido y límites del ejercicio conforme a deber de la discrecionalidad.

La decisión o dictámen requiere algunas puntualizaciones. La primera se refiere a la delimitación de los supuestos y preceptos a que se puede aplicar tal fundamentación. En efecto, el propio tribunal no desconoce que el concepto "unbillig" puede ordinarse, también, en la categoría de los conceptos jurídicos indeterminados(162), preocupándose constantemente de resaltar la especificidad del precepto al que se está refiriendo(163). Tal y como señala KLOEPFER esta constante acentuación de la "especificidad" o especialidad del precepto y supuesto en cuestión debe entenderse como prevención frente a pretendidas transposiciones precipitadas a otras circunstancias(164). En la medida en que todo ello es perfectamente constatable parece criticable la generalización hecha, por ejemplo, por Walter SCHMIDT (165) de la fundamentación hecha por el tribunal en torno

(162) BVerwGE, 39, pág.355.

(163) En este sentido resalta el tribunal la "especificidad o especialidad del precepto, por ejemplo, en que no se autoriza una intervención sino la omisión de una intervención de forma que si la autoridad no hace uso de su autorización, tendrá lugar exclusivamente la consecuencia querida por el legislador.

(164) KLOEPFER, Comentario a la decisión GmS-OBG de 19-10-71, en NJW 1972, pág.1412.

(165) En "Abschied vom "unbestimmten Rechtsbegriff", en NJW, 1975, págs. 1753 y sigs.

a los "Koppelungsverschriften". También, y por la misma causa, parece excesivo referirse a una nueva tendencia jurisprudencial hacia el reconocimiento de la discrecionalidad de juicio o apreciación(166). Sí es cierto, sin embargo, que la decisión, aún limitada al supuesto concreto, tiene una importancia grande dentro de la teoría de la discrecionalidad administrativa.

En efecto, la solución favorable a la discrecionalidad se fundamenta, en este caso, en la suposición de que existe una norma que concede una discrecionalidad de la consecuencia jurídica, dependiente, eso sí, de la realización de un concepto indeterminado del tipo. Eso conduce a la Judicatura a la caracterización de esta norma como "Koppelungsvorschrift", y, además, como concesora unitaria de potestad discrecional, (lo que quiere decir, además, que no todo precepto o norma de estas características puede ser entendida como "autorización unitaria para el ejercicio de la discrecionalidad"(167).

La posible corrección de este planteamiento queda ensombrecida, sin embargo, por el presupuesto en que se basa: no es posible, a mí entender, considerar esta "Kann-Vorschrift" o precepto concesor de opción, como continente de una discrecionalidad de la consecuencia jurídica.

(166) BACHOF, "Neue Tendenzen in der Rechtsprechung zum Ermessen und zum Beurteilungsspielraum. (Zum Beschluss des Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes vom 19. — 10-1971)", en JZ 1972, págs. 641 y sigs.

(167) Según Michael KLOEPFER (Comentario cit. pág. 1411) el Gemeinsamer Senat no sólo considera que se trata de un "Koppelungsvorschrift", sino que, además, matiza a través de las referencias a la "especialidad" del precepto, que no todos los preceptos citados pueden ser entendidos como "autorización unitaria para el ejercicio de la discrecionalidad".

Una mayor profundización en esta norma demuestra que la palabra "puede" referida a la consecuencia jurídica equivale, en realidad, a "tiene que", por lo que la norma es de naturaleza imperativa. Todo esto resulta evidente si se tiene en cuenta que, en caso contrario, habría que afirmar que las autoridades administrativas "pueden" no dispensar de un impuesto a pesar de haber apreciado la "injusticia" que su exacción supone en el caso concreto. Una interpretación teleológica del precepto muestra que esta no puede ser la consecuencia querida por el legislador. Muy por el contrario los citados funcionarios "tienen que" cancelar o dispensar la recaudación que se manifiesta "injusta" en el caso concreto, actuando con una interpretación correcta. Es decir, una vez realizado el supuesto de hecho de la norma, la consecuencia jurídica no puede ser discrecional, ya que mantener lo contrario significaría una clara ruptura con el principio de legalidad, tal y como manifiesta GORDSCHMIDT-EICHSTAEDT(168).

Esta interpretación muestra, asimismo, que en estos "aparentes preceptos de poder" lo que pretendía el legislador era proteger al ciudadano con una regla excepcional, frente a la necesaria rigidez legal del principio general. Esto significa que el ciudadano adquiere el derecho a ser dispensado, excepcionalmente, de su obligación de pagar un impuesto determinado y, en consecuencia, a que ese derecho sea tutelado judicialmente, y, por otro lado, significa, también, que la Administración tributaria adquiere la obligación de subsumir justa y particularizadamente la

(168) "Ermessen, Beurteilungsspielraum und eigenverantwortliches Handeln der Verwaltung", en AÖR, tomo 98, 1973, pág. 181.

norma impositiva. Conjugando ambos factores (lo que supone una aproximación al concepto de discrecionalidad administrativa desde una óptica que no sólo tenga en cuenta la relación "Administración-poder judicial", sino también la relación "Administración-ciudadano") ello conduce a la conclusión, en el supuesto, concreto por ahora, de que la Administración tributaria tiene que examinar el caso concreto y si observa una situación que hace injusta la recaudación tiene que aplicar la consecuencia jurídica (cancelación o dispensa). Tal consecuencia jurídica, excepcional y favorable al ciudadano, es revisable judicialmente en la medida en que la misma sólo podrá considerarse lícita en tanto que no se sientan perjudicados derechos públicos subjetivos(169); sólo si esto no ocurre la cancelación o dispensa podrá considerarse como decisión definitiva. Todo esto se ve con claridad si se piensa que el ciudadano que no ha visto reconocido administrativamente el derecho a ser dispensado excepcionalmente del pago de un impuesto, dada una determinada situación concreta, debe poder instar la revisión judicial de la decisión de las autoridades administrativas. Esto obligará, en todo caso, al tribunal a decidir y conocer sobre el criterio de "injusticia" mantenido por la Administración tributaria.

(169) En cierto sentido viene al caso la contraposición entre pretensión y discrecionalidad, en cuanto que la discrecionalidad sólo puede referirse a materias en las que no puedan resultar lesionados derechos subjetivos. Esta idea desarrollada por Friedrich TEZNER en "Das freie Ermessen der Verwaltungsbehörden" (1924), es utilizada aquí sólo en el sentido de cifrar el límite jurídico de la discrecionalidad en la inexistencia de lesión para derechos públicos subjetivos. En la medida en que existe lesión existe pretensión.

De modo semejante opina en nuestra doctrina CLAVERO AREVALO al profundizar sobre la problemática de la posible sustitución de la apreciación de los Jurados Tributarios por los tribunales de lo contencioso-administrativo (170). Interesa resaltar especialmente su referencia, también, a la posible afectación al derecho subjetivo del administrado, como argumento para fundamentar la solución favorable a la sustitución de la apreciación inicial de los Jurados, en base a la búsqueda de la solución "más racional, más lógica o más igualitaria".

En definitiva no parece de recibo la tesis jurisprudencial comentada, ni su fundamentación, ya que ni el precepto analizado es un auténtico "kann-Vorschrift" con consecuencia jurídica discrecional (171), ni puede hablarse, tampoco, de un "Koppelungsvorschrift" continente unitario de la autorización de discrecionalidad: la esencial unión entre supuesto de hecho y consecuencia jurídica existe, evidentemente, sin que de ello haya de resultar, como se ha visto, la discrecionalidad, al respecto, de la Administración.

(170) Manuel CLAVERO AREVALO, "Jurados fiscales y jurisdicción contencioso-administrativa", en R.A.P. 1962, pág.15: "Los principios generales del derecho marcan, por lo general, los límites externos de la libre apreciación fáctica; pero, a veces, actúan también como conceptos indeterminados y en tales supuestos lo jurídico exige que se imponga una solución, la más racional, la más lógica, habida cuenta de que tales resoluciones afectan al derecho subjetivo de los administrados". Es por ello por lo que defendemos que en nuestro ordenamiento jurídico es posible dicha sustitución, siempre que se llegue al convencimiento de que la solución sustitutiva es la más racional, la más lógica, la más igualitaria".

(171) Así también Otto BACHOF, en "Neue Tendenzen..." cit. pág.645.

Cabe decir, pues, generalizando en lo que a esta clase de preceptos se refiere, que el proceso de aplicación de la ley por parte de la Administración no es el de la "elección" de la consecuencia jurídica, expresada en términos de actuar o no actuar, en función de la apreciación del supuesto de hecho, sino el de la subsunción conforme a deber, que conlleva una lógica necesidad de apreciación. Esta subsunción-apreciación es, sin embargo, perfectamente examinable judicialmente en la medida en que alguien lo pretenda como derecho.

Evidentemente esta conclusión no es pacífica para la doctrina, ni siquiera para aquel sector de la misma que parte de una fundamentación semejante. Así, el citado SCHMIDT-EICHSTAEDT desenmascara, también, el carácter imperativo (precepto de deber o tener que (*muss-Vorschrift*)) que se esconde tras dichas "aparentes normas de poder", sin que ello implique para este autor, sin embargo, que la decisión sobre si existe ese "tener que" no forme parte de los "privilegios o prerrogativas de apreciación" de la Administración (*Einschätzungsvorrechten*(172)).(173)

El carácter imperativo que se oculta bajo la fórmula "puede...si..." suele ser, sin embargo, determinante a la hora de negar naturaleza discrecional a tales normas, siem-

(172) Esta terminología es también utilizada últimamente en el tratado de WOLFF y BACHOF, donde se habla de "*Einschätzungsprerogative*" para designar la figura jurídica que ha reconocido la Jurisprudencia en determinados supuestos a los que no llega la posibilidad de examen judicial.

pre y cuando se parta de la aceptación del principio teórico de que la discrecionalidad sólo puede referirse a la consecuencia jurídica, siendo absolutamente intrascendente para apoyar lo contrario que ésta sólo pueda producirse previa determinación valorativa del supuesto de hecho. Así lo reconoce también BACHOF, tras señalar que la particularidad de los "Koppelungsvorschriften" consiste, precisamente, en que su parte del tipo o supuesto de hecho se constituye con ayuda de un concepto indeterminado, y en que, además, contienen en la parte de la consecuencia jurídica, según una interpretación literal, una autorización de discrecionalidad, generalmente en forma de "kann-Bestimmung" (174).

En consecuencia si lo que se quiere (y así lo quiere un determinado sector de la doctrina) es reconocer un ámbito de decisión responsable, en favor de las autoridades administrativas, no cabe más remedio que denominar a ese ámbito, como ámbito de discrecionalidad. Esto equivale a reconocer una "discrecionalidad cognitiva", dada la conexión interna entre consecuencia jurídica y supuesto de hecho, y dado, especialmente, el carácter imperativo de la norma.

Por eso es especialmente significativa la resolución del Gemeinsamer Senat der obersten Bundesgerichtshöfe de 19-10-1971, que reconoce este ámbito de discrecionalidad,

(173) "Ermessen..." cit.pág.182. Esto no debe conducir al error de considerar que este autor se mantenga en la fundamentación de un "margen de apreciación" o "Beurteilungsspielraum" libre de la Administración. SCHMIDT-RICHSTAEDT critica y supera tal teoría, siendo su objetivo el reconocimiento de una discrecionalidad administrativa referida al tipo o supuesto de hecho de la norma.

(174) "Neue Tendenzen..." cit.pág.645.

y, por esto, también lo es una importante corriente doctrinal que arranca, precisamente, de aquí(175). Pero, además, es que a esta conclusión se van a ver abogados quienes, como BACHOF, pretenden mantenerse teóricamente en la discrecionalidad de la consecuencia jurídica pero también en el "margen de apreciación" referido al tipo(176).

En efecto, pretende BACHOF que el reconocimiento de un ámbito no examinable judicialmente, en la decisión comentada, no se debe fundamentalmente a la interrelación del concepto con la prescripción de poder a "kann-Bestimmung", ni a la especificidad de la Ley de adaptación de impuestos, ni a su origen, sino al propio concepto de "Unbilligkeit": este concepto, o su contrario que lo delimita (es decir, el de "justicia") lleva implícita la discrecionalidad valorativa, en la medida en que en los casos límites es posible más de una decisión correcta(177). A pesar de las críticas a la fundamentación jurisprudencial (en el sentido de que sigue manteniéndose en la polarización entre "concepto jurídico" o "concepto discrecional"), y de la reafirmación teórica de la preferencia por el término de "margen de apreciación" (Beurteilungsspielraum), frente al de "discrecionalidad" (Ermessen) utilizada por el citado

(175) Entre otros, además del citado Gerd SCHMIDT-RICHSTADT ("Ermessen..." cit.pág.173 y sigs.), también, Klaus OBERMAYER ("Die Beurteilungsfreiheit der Verwaltung", en Bay VBl 1975, págs.257 y sigs.; Walter SCHMIDT ("Abschied vom "unbestimmten Rechtsbegriff", en NJW 1975, págs. 1752 y sigs.; Rupert SCHOLZ y Eberhard SCHMIDT-ASSMANN ("Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsgerichtbarkeit" en VVDStRL, tomo 34, 1976, págs.229 y sigs.).

(176) "Neue Tendenzen..." cit.pág.642.

(177) "Neue Tendenzen..." cit.pág.645.

colectivo judicial, -a pesar de todo ello-, se decía- BACHOF asimila e identifica la concepción mantenida en esa resolución con su teoría del "margen de apreciación"(178). Con ello imprime un giro a dicha teoría que justifica ampliamente la opinión doctrinal y jurisprudencial -todavía dominante- de que la teoría del "margen de apreciación" coincide, en cuanto a resultados prácticos(179), con la de la discrecionalidad cognitiva, es decir la referida al su puesto de hecho o tipo de la norma, de la que no sería más que una nueva formulación(180).

Tiene el mérito BACHOF, sin embargo, de situar la ques tión, de nuevo, en sus términos correctos: la atribución de discrecionalidad a investigar en cada "Koppelungsvorsch rift" no podría justificarse, en general, en base a la es pecial estructura interna de estos preceptos, sino sólo en base a la imposibilidad o "ficción" que supondría afirmar que sólo existe una solución, decisión o apreciación co- rrecta del concepto típico.

En efecto, tal y como se deduce de todo lo expuesto, la indisoluble unión entre presupuesto (concepto jurídico in-

(178) Así en la obra citada (pág.644) mantiene que es secun dario el que tal ámbito de decisión se denomine de discre- cionalidad o de apreciación. También identifica, "al margen de cuestiones terminológicas o de gusto" la discrecionalidad cognitiva tipificada por la Sala judicial con la situa- ción que también es designada como de "margen de apreciación". Directamente en la pág.645 afirma que ese ámbito de deci- sión administrativa es denominado "Ermessen" (discreciona- lidad), y afirmado por el BFH y el GS, mientras que es de nominado "Beurteilungsspielraum" y negado por el BVerwG: la identificación es, pues, conceptualmente absoluta, aun que la terminología difiera.

(179) Por todos Walter SCHMIDT, en "Abschied..."cit.pág.1753.

(180) Por todos, SCHMIDT-EICHSTAEDT, en "Erkennen"cit.pág.189.

determinado) y consecuencia (discrecionalidad) existente en tales preceptos o normas, no sólo es matizable en el sentido de que en ellos no existe realmente "libre" elección de la consecuencia jurídica, sino que, además, no demuestra, tampoco, su carácter de precepto de discrecionalidad: lo único que demuestra es que si se concibe a estas normas como concesoras de discrecionalidad administrativa, ésta ha de ser, forzosamente, cognitiva. El por qué deben de concebirse como tales permanece sin fundamentación.

Por eso las afirmaciones de Walter SCHMIDT (partidario de la definición de la discrecionalidad como problema de la complementación del tipo o supuesto de hecho (Tatbestandsausfüllung), (y no en el terreno tradicional de la consecuencia jurídica), sobre la "indisoluble unión del ejercicio de la discrecionalidad con su tipo, en los "Koppelungsvorschriften" (181), o de que "sería una contradicción en sí misma, la discrecionalidad sin una indeterminación de sus presupuestos, sin un supuesto de hecho necesitado de complementación" (182), no sirven, a mi entender, para fundamentar exclusivamente su opinión. De igual manera se puede mantener que lo que resulta imposible es hablar de discrecionalidad sin una cierta indeterminación de la consecuencia jurídica; es decir, de igual manera se puede mantener que sólo las normas que se expresan en términos de "adoptaré las medidas necesarias, oportunas, etc..." ante la realización de un supuesto de hecho, son contenedoras de una cierta autorización para la elección discrecional. No se ve, por tanto, por qué la discrecionalidad administrativa ha de depender de la indeterminación del supuesto de hecho.

(181) "Abschied vom "unbestimmten Rechtsbegriff", cit. pág. 1754.

(182) Ob. ult. cit. pág. 1755.

Es perfectamente lícito, sin embargo, pretender -tal y como pretende el citado Walter SCHMIDT- una teoría perfeccionada de la discrecionalidad, en lugar de permanecer en la de los conceptos jurídicos indeterminados(183). Ello presupone, sin embargo, adoptar una óptica externa a la crítica, por lo que no serían válidas, al respecto, las anteriores críticas de este autor, ya que se enmarcan en una crítica "desde dentro" de la teoría existente de la discrecionalidad administrativa.

Mantiene este autor que el control de la discrecionalidad se realizaría de forma mucho más clara, y, en consecuencia, mucho más favorecedora de la seguridad jurídica, mediante el control de la proporcionalidad entre fin y medio en la actuación de la Administración: control de la discrecionalidad sería, pues, control de la proporcionalidad(184), sin que tenga ningún sentido imponer la restricción de la discrecionalidad a la consecuencia jurídica. Entendiendo el proceso de selección de su conducta por parte de la autoridad administrativa como "proceso causal" en el que está implícita la selección del fin perseguido, así como la del medio empleado, no puede entenderse tal restricción. Se trata, pues, de entender determinadas definiciones de la discrecionalidad (la de BADURA de "libertad de elección de la Autoridad para actuar o no actuar o actuar de una forma u otra ante la realización de un tipo legal"(185), o bien

(183) Ob. ult. cit. pág.1757.

(184) Ob. ult. cit. pág.1757.

(185) BADURA, en "Erichsen-Martens Allgemeines Verwaltungsrecht", 1977, pág.292 (nota3).

la de FORSTHOFF de "conducta selectiva en el ámbito de una realización del valor"(186)), como elección, también, de los factores causales. Dicho en términos más sencillos, equivale a considerar que la Administración debe subordinar la elección del medio a emplear (consecuencia jurídica) a la elección del fin que se propone (determinación del supuesto de hecho). El control judicial se referiría, de esta manera, tanto a la investigación de la falsificación del fin elegido y causante de la conducta (proporcionalidad del fin), como a la del medio empleado (proporcionalidad del medio), con lo que el ejercicio de la discrecionalidad estaría mucho más claramente controlado judicialmente que a través de la tradicional teoría de los defectos de la discrecionalidad(187).

Desde un punto de vista ontológico no cabe duda de que el antes denominado "proceso causal" ha de reconocerse como inevitable. Es innegable, en efecto, que la selección del "medio-consecuencia jurídica" lleva implícita una pre determinación final de la conducta dentro de los cauces más o menos indeterminados que delimita el supuesto de hecho de la norma. Ello no conlleva, sin embargo, que la de terminación hecha del supuesto de hecho sea función responsable, en último extremo, de la autoridad administrativa. Así (por ejemplo en el ámbito ejemplificador de la actuación coactiva) es evidente que la orden de disolución de una determinada reunión ciudadana puede tener como finali dad el restablecimiento del "orden público", sin que ello

(186) FORSTHOFF, Lehrbuch, I, 1973, pág.87.

(187) Walter SCHMIDT, "Abschied...", cit. pág.1757.

implique que la interpretación hecha por la autoridad competente del citado concepto indeterminado de "orden público", y de su alteración, tenga que ser admitida como invariable por discrecional: de la predeterminación final o "selección del fin", según terminología de Walter SCHMIDT, no tiene por qué deducirse, necesariamente, la discrecionalidad cognitiva. Porque podría suceder, igualmente, que la interpretación que condicionó la decisión administrativa hubiese sido correcta (lo cual implica la posibilidad de exámen ulterior): quedaría, entonces, por dilucidar si el medio-consecuencia jurídica era, también, el adecuado. En este ámbito sí juega, y mucho, el criterio señalado de la "proporcionalidad", revisable judicialmente, en la medida en que es contrastable(188); probablemente, y en función del supuesto concreto, existirá, en este ámbito, una zona inconstatable y, en consecuencia, inalterable, fundamentalmente subjetivo-valorativa y técnica(189). La discrecionalidad seguirá, pues, referida y ordenada en la consecuencia jurídica.

(188) Así, Eduardo GARCIA de ENTERRIA, "La lucha contra las inmunidades del poder...", cit, pág.65.

(189) En este sentido se expresa, también, GARCIA de ENTERRIA, en "La lucha...",cit.pág.63, quien se refiere a que "una misma situación no puede ser a la vez contraria y conforme al orden... sin perjuicio de que la vida social(?) reserve necesariamente un "margen de apreciación" de cierta holgura -nunca, en todo caso, una discrecionalidad-, a la Administración para su calificación". Desde mi punto de vista, sin embargo, la idea gana en concreción a través de la formulación hecha en el texto, ya que evita el posible uso extensivo que permite la simple alusión a un "margen de apreciación de cierta holgura".

Sigue pareciendo válido, sin embargo, por ahora, el terreno argumental escogido por BACHOF que, al enmarcar la resolución comentada en su teoría del "margen de apreciación" recurría al argumento de la ficción que supone admitir (en determinadas normas) la existencia de una sóla de cisión o apreciación correcta.

Es, precisamente, en este ámbito de planteamientos en donde se desenvuelve la conocida, y ya citada, sentencia del BVerwG de 16-12-1971 referida a la censura administrativa establecida sobre una determinada novela considerada como "peligrosa para la juventud", y cuya argumentación esencial está contenida en el siguiente párrafo:

"a) La inclusión en la "lista" presupone una capacidad de peligrosidad para la juventud. Esta "capacidad de peligrosidad" había sido considerada hasta ahora como concepto jurídico indeterminado, que sólo admitía una solución correcta. En la colocación en el índice de publicaciones prohibidas no se trata simplemente de la constatación de hechos y su subsunción; mucho más, la decisión sobre la capacidad de peligro para la juventud contiene un juicio de previsión, al tiempo que normati vo, indicativo de una tendencia, con un considerable componente de elementos valorativos. La concepción de que sólo es correcta una solución en la aplicación del concepto de "capacidad de peligrosidad para la juven tud", es una ficción. En realidad son pensables va rias soluciones, se trata de un amplio abanico de posibili dades de decisión que el Derecho puede contemplar como igual mente fundamentadas. La decisión de la Comisión de exámen requiere una predicción o pronóstico de futuro y por eso

es, en su núcleo, infundamentable"(190).

En realidad esta sentencia, cuya influencia en una parte de la doctrina alemana será notoria, puede definirse como "compendio", a su vez, de influencias doctrinales hábilmente referidas a un supuesto especialmente apto. En efecto, en el párrafo traducido y transcrito se utilizan como argumentos tendentes a demostrar la imposibilidad de afirmar una sola decisión correcta, siguiendo, pues, la línea argumental, ya referida, de BACHOF: el carácter valorativo del concepto en cuestión (concepto de valor), la "teoría de la fundamentación" de ULE referida, además, a un órgano administrativo especial y colegiado, la del "núcleo" del concepto originariamente de HECK, así como el carácter de prognosis, de proyección de futuro, de la decisión administrativa, lo que le permite vincular la problemática, además, a la de la discrecionalidad planificadora de la Administración.

La sentencia ha encontrado distinta aceptación entre la amplia doctrina que se ha referido a ella. Como posiciones típicas cabe destacar la total aprobación de BACHOF (191) y de JAROSCH(192), la no menos radical discrepancia de SCHMIDT-SALZER, de WAGENITZ(193) de Sieghart OTT(194),

(190) BVerwG, sentencia de 16-12-1971, en JZ 1972, pág. 206. En el párrafo incluye la sentencia las citas de REDEKER como introducción del término "Bandbreite der Entscheidungsmöglichkeiten" (amplio abanico de posibilidades de elección o decisión) y de ULE, en lo que a su teoría de la fundamentación de la decisión administrativa se refiere.

(191) "Comentario a la sentencia BVerwG de 16-12-1971, en JZ, 1972, págs. 208 y sigs.

(192) "Die Fiktion des unbestimmten Rechtsbegriffs", en DÖV, 1974, págs. 123 y sigs.

(193) Ambos, Comentario a la sentencia BVerwG de 16-12-1971, en DVB1, 1972, págs. 391 y sigs.

(194) "Die neue Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts

el reconocimiento crítico de OSSENBOHL(195), así como las discrepancias, aunque conformidad con la conclusión, de Horts Joachim MÜLLER(196) y KELLNER(197), quien niega, además, que ello suponga un "cambio jurisprudencial", en el mismo sentido que ERICHSEN y MARTENS(198). Con independencia, sin embargo, de la opinión sobre la sentencia en concreto, es observable una corriente doctrinal que, superando los términos de la misma y apoyándose al tiempo en ella y en la ya citada de la Gemeinsamer Senat der OGH de 19-10-1971, dirigen sus teorías hacia la fundamentación de una discrecionalidad cognitiva, es decir, referida también al tipo(199). Por el contrario, y tal como señala Walter SCHMIDT,(200), no puede hablarse, sin embargo, de una clara y consecuente continuación jurisprudencial de la línea de ambas resoluciones(200).

..... zum literarischen Jugendschutz in verfassungsgerichtlicher Sicht", en NJW, 1972, págs.1219 y sigs.

(195) "Vom unbestimmten Gesetzesbegriff zur letztverbindlichen Verwaltungsentscheidung", en DVBl, 1974, págs.319 y sigs. (312/313). También en "Zur Renaissance der administrativen Beurteilungsermächtigung", en DÖV, 1972, págs.401 y sigs.

(196) Comentario a la sentencia BVerwG de 16-12-1971, en NJW 1972, págs. 1587 y sigs.

(197) "Neue Erkenntnisse zum sogenannten Beurteilungsspielraum?", en DÖV 1972, págs.801 y sigs.

(198) En "Erichsen und Martens, Allgemeines Verwaltungsrecht", pág.155.

(199) Cfr. supra pág. 148/149

(200) Cfr. "Abschied vom "unbestimmten Rechtsbegriff", cit. pág. 1753.

Otras dos sentencias son especialmente significativas, a pesar de ello, como confirmación de dicha sentencia: la del BVerwG de 21-1-1972, conocida como "Importquoten-Urteil"(201), y la del VerwG de Berlín de 25-10-1972(202). En la primera de ellas el tribunal entiende que el concepto indeterminado de "necesidades de comercio u otras de política económica" marca las directrices de la discrecionalidad, y no deben ser entendidos, por tanto, como conceptos indeterminados de la ley: supuesto de hecho y consecuencia jurídica son reconducidos, pues, a una decisión discrecional global, coincidiendo así con la resolución del Gemeinsamer Senat de 19-10-1971, ya comentada. Por su parte la segunda sentencia de las antes citadas se alinea con la de 16-12-1971, resolviendo sobre un supuesto muy semejante referido a la valoración de una película.

Tras estas sentencias lo cierto es que, al margen de los planteamientos doctrinales, el panorama de aceptación jurisprudencial de una prerrogativa de "libre" apreciación administrativa, o mejor dicho, el ámbito de las decisiones de la Administración limitadamente controlables judicialmente, ha sufrido un progresivo ensanchamiento. En efecto, desde la estricta y no discutida aceptación de un margen de apreciación referido a las decisiones de exámenes, o de los superiores sobre la capacidad para el servicio de sus subordinados, basado en el carácter personal-valorativo, inconstatable o infundamentable de dichas apreciaciones, se ha pasado al reconocimiento del mismo "margen", además,

(201) Recogida en DVB1 1972, pág.895.

(202) Recogida en NJW 1973, pág.1148 y en DVB1 1974, pág.375.

en lo que se refiere a las valoraciones vinculantes de determinados organismos de la Administración, a las decisiones de pronóstico o prognosis, y al ámbito de la planificación ("Planungsermessen"), tal y como sintetiza OSSENBUHL(203).

Cada uno de estos supuestos requiere, sin embargo, una concreta fijación de sus límites, que no tiene por qué coincidir con los establecidos por la reciente tendencia jurisprudencial alemana. Para ello se ha de partir de la distinción, ya conocida, entre el criterio de lo personal-incontrastable y el de lo subjetivo-fundamentado. Aceptada esta diferenciación teórica y las conclusiones consecuentes (204), no cuesta trabajo admitir que, efectivamente, la teoría de la única solución correcta se construye como "ficción", tal y como argumenta el BVerwG, aunque en otro sentido. Ello no ha de entenderse como que tal teoría carece de un fundamento lógico. Muy por el contrario, resulta evidente que todo proceso de determinación de un concepto culmina en una sólo alternativa, que es la representada por el "sí" o por el "no", y que esto equivale a la existencia de una sólo subsunción correcta en el caso concreto(205). En este sentido es indiscutible que el órgano

(203) "Vom unbestimmten Gesetzesbegriff zur letzverbindlichen Verwaltungsentscheidung", en DVBl 1974, págs.311 y sigs.

(204) Cfr. supra págs. 138 y sigs.

(205) OSSENBUHL, "Vom unbestimmten..." cit. pág.310. En efecto aquí se refiere este autor a que el órgano que ha de decidir sólo puede decir "sí" o "no", pero no puede adoptar ambas decisiones conjuntamente: ni ambas, ni alternativamente, pueden ser "conforme a derecho". En este sentido, igualmente, Hugo KELLNER, ("Neue Erkenntnisse zum sogenannten..."cit., pag.803,26 a). En nuestra doctrina, en especial, GARCIA de ENTERRIA, "La lucha contra las inmunidades del poder", 1974, pág.35.

decisorio tiene que llegar a una sólo decisión, y que sólo una (existe un interés público o no; se produce un perjuicio para el normal discurrir del tráfico, o no; es peligrosa para la juventud una determinada novela o film o no; etc) puede ser conforme a derecho. La cuestión no es, pues, que la teoría o el principio de la única solución o decisión conforme a deber sea falso. Participa, eso sí, de la misma ficción sobre la que se asienta el propio caminar del Derecho, y que no es otra que la consideración de que la última decisión judicial, la sentencia firme, supone la realización de la "Justicia" implícita en la correcta aplicación del derecho.

En relación a los supuestos mencionados en que se acepta esta "prerrogativa" o margen de apreciación administrativa del supuesto de hecho cabe decir que, con respecto a las decisiones de determinados órganos colegiales (prohibitiva, en estos casos, de la difusión de una novela o film) sólo podría tener la justificación provisional de evitar el perjuicio inicial (que podría suponer su difusión), en el caso, por mi parte no aceptable, de que se admita la existencia de órganos administrativos especiales de censura. Pero en todo caso la decisión última corresponde a los tribunales, ya que, por lo demás, el criterio de la Administración es perfectamente contrastable, a pesar de las indeterminaciones conceptuales de la Ley.

Otras conclusiones contrarias, sin embargo, a la expuesta, aceptan, asimismo, el planteamiento estructural aquí mantenido. En efecto, tal y como sintetiza perfectamente

OSSENBUHL, no se trata, en estos casos, de una "imposibilidad" de control judicial, en la medida en que es totalmente fundamental y contrastable la opción administrativa, no pudiéndose, por tanto, hablar de irrepetibilidad, como en los casos, ya analizados, de las decisiones de exámenes o de las decisiones de los superiores sobre los funcionarios subordinados. El argumento para el reconocimiento del margen de apreciación libre sería aquí "la incompetencia para el control" por parte de los tribunales administrativos de las decisiones de órganos administrativos especiales(206).

Desde mi punto de vista el establecimiento de tal incompetencia es inadmisibile en un "Estado de Derecho", ya que llevado a sus últimas consecuencias, habría que admitir, también, las ambiguas tesis generalizadoras expuestas por Martín BULLINGER(207). Estas tesis, que también pueden justificar un "Estado-Administración" soberano en sus decisiones, giran en torno a la necesidad de establecer "Comisiones administrativas" similares a los órganos judiciales en cuanto a su independencia, y, a la vez, próximos a la realidad a enjuiciar; su función sería revisar totalmente las decisiones de las autoridades administrativas y sustituirlas, en su caso, por las suyas propias. Con ello se trata, según BULLINGER, de encontrar el término medio entre las autoridades administrativas, perfectas conocedoras de la realidad concreta pero dependientes y

(206) OSSENBUHL, "Von unbestimmten..." cit.pág.312.

(207) Martín BULLINGER, "Ermessen und Beurteilungsspielraum-Versuche einer Therapie", en NJW 1974, págs.769 y sigs.

parciales, y los tribunales administrativos, independientes pero alejados de la realidad(208). Habría, pues, que generalizar el sistema de "incompetencia de los tribunales para el control", al que aludía OSSENBUHL. Así, BULLINGER pone como ejemplo la propia comisión de censura implicada en la "Indizierungsurteil" de 16-12-1971(209). Por lo demás, como el citado autor señala, esto sólo exigiría (y no es poco) cambiar la óptica negativa con que generalmente se analiza la discrecionalidad administrativa y el margen de apreciación, por una óptica positiva, valorando ambas figuras jurídicas como "instrumentos necesarios y legítimos de la Administración activa para asegurar unas mejores condiciones de vida"(210).

b.4.- Con respecto a las decisiones que encierran un pronóstico para el futuro (Prognoseentscheidungen) las matizaciones son, también importantes. En efecto, en esta clase de decisiones administrativas puede aparecer como evidente su carácter inconstatable, dado que se basan, precisamente, en una previsión de futuro.

Simplificada la cuestión en estos términos la amplitud del margen de apreciación de la Administración sería desmesurada, tal y como se pone de manifiesto al repasar el supuesto al que se refiere la ya citada sentencia del BVerwG de 21-1-1972 (Importquoten-Urteil), que se maneja

(208) Cfr. en España, STS de 13-5-1970 (Rep. Ar. 2629).

(209) BULLINGER, ob.cit.,pág.770.

(210) BULLINGER, ob.cit.,pág.771.

generalmente como prototipo de decisión de pronóstico con libre margen de apreciación administrativa. Tal y como se dijo anteriormente(211), la ley alemana condiciona la fijación de las cuotas de importación a las "necesidades comerciales u otras de política económica", lo cual conlleva una cierta previsión de futuro, que movió al tribunal a considerar el citado concepto indeterminado como "directriz de la discrecionalidad" (uniendo supuesto de hecho y consecuencia jurídica en una "decisión discrecional global"). La causa para la autorización de libre apreciación administrativa en las decisiones de pronóstico habría que encontrarla, pues, en la línea argumental de BACHOF(212): ningún tribunal ni perito de la Administración puede asumir la responsabilidad por las consecuencias de la decisión(213). Aceptado este principio, puesto que en realidad sitúa de nuevo la cuestión en el terreno de lo "personal-fundamentado", es preciso, sin embargo, proceder a la fijación de sus límites para evitar la desmesurada ampliación de la libre apreciación administrativa ("discrecionalidad", según la sentencia comentada). El Derecho ha acuñado la figura dogmática específica de los llamados "tipos (o categorías) de sospecha" (Verdachtstatbestände), de existencia legal positiva; estos tipos sí admiten la reconducción hacia el principio de la "personal-valorativo-fundamentado", que se constituye en su auténtica razón de ser. Muy por el contrario, en los supuestos como el de

(211) Cfr. supra pág. 158

(212) BACHOF, "Beurteilungsspielraum, Ermessen..." cit. pág. 100.

(213) Así lo recoge OSSENBUHL, en "Vom unbestimmten..." cit., pág. 313.

las cuotas de importación es, precisamente, el carácter técnico-objetivable de la decisión lo que le confiere carácter contrastable. La inevitable proyección de futuro, con su carga cierta de demostración a posteriori, no impide el sometimiento de la Administración al control del cumplimiento de los principios de política económica y comercial de rango legal, ni la posibilidad de su constatación técnica, es decir, de una fundamentación contraria que pueda sustituir a la anterior. Al respecto cabrá hablar, como máximo, de un "margen de confianza" para que la Administración tome decisiones que necesiten un pronóstico o pronosis con cierta "libertad"(214), pero en ningún caso pueden ser equiparadas a decisiones discrecionales.

El reconocimiento de este "margen de confianza" no implica, ni mucho menos, la renuncia a la búsqueda objetiva de la solución más adecuada, ni tampoco la atribución de un "margen de apreciación" a la Administración, tal y como éste es entendido en la dogmática (Beurteilungsspielraum). Por otro lado este margen de confianza no es generalizable a toda decisión que implique pronóstico, sino que sólo tiene razón de ser en determinados supuestos concretos en los que la decisión de la Administración aparece, también para los tribunales administrativos, como la más adecuada en función de la coyuntura concreta; es decir, la corrección de la decisión se establece aceptando, precisamente, la necesidad del pronóstico o eliminación de la certidumbre(215).

(214) Fernando SAINZ MORENO, "Conceptos jurídicos..." cit. págs. 306/307.

(215) SAINZ MORENO, ob.cit.,pág.306.

Los supuestos citados por SAINZ MORENO confirman, por lo demás, todos y cada uno de los aspectos que se han resaltado aquí con respecto a las decisiones de pronóstico: así, la Orden de 2 de marzo de 1966 sobre ordenación de la campaña remolachero-azucarera 1966/1967 declaraba que "a la vista de la riqueza sacárica, y habida cuenta de los resultados alcanzados en la anterior campaña... parece procedente... mantener en vigor las normas de esa campaña". En tal supuesto resalta que es, precisamente el carácter técnico-contrastable de la fundamentación lo que permitiría, en caso de incorrección de los datos manejados, sustituir la decisión administrativa. Por otro lado en este supuesto se ve claramente la irrelevancia jurídica de la figura del "margen de confianza", que se limita a depositar en la Administración la "confianza frente a lo imponderable", lo cual, por obvio, hace inútil su formulación (216).

También la decisión de detener a un "sospechoso" está, indiscutiblemente, sometida a una cierta constatación, esencialmente fáctica, del carácter "sospechoso" de una determinada persona. Pero la propia formulación hecha demuestra claramente la desvinculación de tales decisiones respecto a la ulterior constatación de la realidad delictiva que dió lugar a la sospecha. Así pues, en las categorías

(216) Como se ve, no puede asimilarse nunca al "margen de apreciación" inexaminable, cuya transcendencia jurídica ha sido ya puesta de manifiesto. Lo mismo cabe decir con respecto al otro supuesto contemplado por el citado SAINZ MORENO, referido al Código alimentario de 1967, en el que se declara nocivo todo alimento... "cuando no siendo perjudicial a su inmediato consumo, se pueda prever que su ingestión repetida entraña peligro para la salud, sin que ello obedezca a uso immoderado o inoportuno, o a consumo irreflexivo del mismo".

de sospecha el carácter personal y fundamentado de la deci
sión del funcionario está elevado al rango de categoría
 positivada por el derecho; se trata, entonces, de funda-
 mentar la propia, con lo que el control judicial se tras-
 lada a la fundamentación, y por ende a la realidad fácti-
 ca correspondiente.

Especialmente valiosa resulta al respecto la senten-
 cia del BGH, en materia Civil, de 18-6-1970(217), que, sin
 embargo, se cita normalmente en función de sus tesis favo-
 rables al "margen de apreciación", más que en su vertien-
 te delimitadora del mismo. Según el tenor de esta senten
cia el concepto indeterminado de "sospecha suficiente"⁽²¹⁸⁾ vin
 cula la decisión del Ministerio Fiscal de elevar acusa-
 ción, así como la del juez de iniciar el procedimiento, y
 se comporta, en este sentido, como concepto jurídico in-
 determinado: "la decisión no es una decisión discrecional,
 sino que está vinculada al concepto jurídico determina-
 do de "sospecha suficiente". La interpretación de un con
cepto jurídico indeterminado permanece como aplicación del
 derecho, de forma que sólo hay una solución para una situa
ción de hecho determinada"(219). Por el contrario ambos
 funcionarios tienen, siempre según esta sentencia, un "mar
gen de apreciación" para el exámen de la sospecha, lo cual
 permite que pudiese haber distintas ponderaciones, sin que
 ello presuponga lesión del deber, en la medida en que no
 se trate de actuaciones culpables, sino, por el contrario,
 correctamente fundamentadas(220).

(217) III ZR 95/68 (Nuremberg); también en NJW 1970, págs.
 1543 y sigs.

(218) Se refiere la sentencia al parágrafo 839 BGB.

(219) Sentencia ult. cit. pág. 1544.

(220) Sentencia ult. cit. pág. 1544.

Tal y como se deduce de todo lo anterior, la teoría del "margen de apreciación", y su vertiente la "teoría de la fundamentación", no están utilizadas con pretensiones o argumentaciones generalizables, sino, muy por el contrario, van esencialmente unidas a un concepto muy especial, el de "sospecha", que por su propia naturaleza imposibilita la extensión del control judicial de la decisión administrativa más allá de su fundamentación.

C.- Trás las precisiones realizadas sobre los supuestos sometidos por la Jurisprudencia alemana, y después también por sectores doctrinales importantes, al régimen del "margen de apreciación" administrativo, cabe decir que el mismo se identifica, a mi entender, con un reconocimiento de la "dificultad de control" desde la perspectiva procesal de la prueba, según acertada conclusión de GARCIA de ENTERRIA(221), y no con una "exención de control judicial" de motivación y fundamentación teórica. La óptica de la dificultad de control desplaza el interés jurídico hacia la fundamentación o motivación(222) de la decisión administrativa.

(221) "Curso de Derecho Administrativo" I, pág.275.

(222) Sobre la motivación de los actos administrativos, en relación con el art. 43 LRA: GARCIA de ENTERRIA, "Curso.." cit. pág.351. En general, sobre el control de la aplicación de "nociones vagas o indeterminadas" mediante el examen de los "motivos" del acto, en derecho administrativo francés, cfr. el mismo autor, "La interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria", en Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial, 1970, págs.223 y sigs.; también, Fernando SAINZ MORENO, ob.cit. págs.252 y sigs. En la doctrina alemana, cfr. Werner KRAHFT: "Unbestimmter Rechtsbegriff, öffentliches Interesse und gesetzliche Gemeinwohlklauseln als juristisches Entscheidungsproblem", en Der Stast, 1972, págs.349 y sigs.

tiva en los supuestos límites, dentro de la categoría que se viene denominando en este trabajo de lo "personal-valorativo- y fundamentado", hasta llegar a delimitar lo objetivamente inconstatable. Ello no se identifica, ni mucho menos, con la pretensión de ULE que alude al carácter invariable de la decisión administrativa fundamentada que se basa en normas que contienen conceptos jurídicos indeterminados, aunque se refiera a los por él denominados "casos-límite". Se trata, muy por el contrario, de afirmar el posible control judicial de decisiones contratables fundamentadas, aún en los citados supuestos, en consonancia con la función que les está encomendada de interpretación y aplicación de la ley. Es, pues, el juez quien decide el ámbito de lo inconstatable (que no es lo normativo, ni lo valorativo, en general) decidiendo "si existen o no, razones para conocer de esos supuestos-límite"(223).

3.- El ámbito de discrecionalidad y el margen de apreciación en relación a los supuestos de peligro para el orden y la seguridad públicos.

a.- El ámbito de la administración coactiva y especialmente el de la defensa del orden y la seguridad públicos es, probablemente, el terreno donde han de encontrar mejor reflejo las distintas construcciones dogmáticas sobre la discrecionalidad y margen administrativo de apreciación. Sin duda así lo fué durante un largo período doctrinal en el que el "orden público" constituía el ámbito, por excelencia, de la discrecionalidad de la Administración.

(223) Fernando SAINZ MORENO, ob. cit., pág. 250.

Esta concepción venía, sin duda, apoyada en España, por el propio derecho positivo(224) hasta la entrada en vigor de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa de 27 de diciembre de 1956. En efecto, tal y como señala MARTIN RETORTILLO, "el sistema anterior... aludía expresamente al orden público... Al quedar etiquetado como correspondiente señaladamente a la potestad discrecional, se producía con carácter automático el juego de su exención jurisdiccional... Pues bien -prosigue el citado autor- todo esto... ha desaparecido del sistema al entrar en vigor la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa(225). La citada ley permite entender que "las actuaciones gubernativas en materia de orden público se engloban, sin ninguna duda, en el concepto de actos de la Administración" y, por tanto, están integradas en el régimen común de judiciabilidad por los tribunales de lo contencioso-administrativo(226).

Este paso adelante con respecto a la discrecionalidad administrativa no supone, sin embargo, la desaparición de nuestro ordenamiento de todo "obstáculo" para el enjuiciamiento normal por vía administrativa de las cuestiones relativas al orden público. En efecto, tal y como señalan GARCIA DE ENTERRIA(227) y MARTIN RETORTILLO(228), el art.

(224) Cfr. Lorenzo MARTIN RETORTILLO, "Las sanciones de orden público en derecho penal español" 1973, págs. 40 y sigs.

(225) MARTIN RETORTILLO, ob.cit.pág.66.

(226) MARTIN RETORTILLO, ob.cit.pág. 66.

(227) GARCIA DE ENTERRIA, "La lucha..." cit.,pág.65.

(228) MARTIN RETORTILLO, "Las sanciones..." cit.pág.69.

2º b) de la propia LJ vino a constituir el "nuevo obstáculo" al declarar que no corresponden a la Jurisdicción contencioso-administrativa "las cuestiones que se susciten en relación con los actos políticos del Gobierno, como son los que afecten a la seguridad interior del Estado". Si bien ello, es cierto, cabe entender, sin embargo, con GARCIA DE ENTERRIA, la restricción de los mismos "a las grandes medidas de defensa total del Estado, pero no a las medidas represivas individuales"(229), eludiendo de esta manera la argumentación de derecho positivo, difícilmente compatible con el "Estado de derecho"(230). Queda, sin embargo, por resolver todavía su sometimiento a la dogmática general de los conceptos indeterminados y del margen de apreciación desde la perspectiva general de la dogmática de las decisiones administrativas para la defensa frente a peligros (Gefahrenabwehrentscheidungen)(231), así como de la de la afectación de derechos públicos subjetivos.

(229) "La lucha..." cit.pág.66.

(230) Por lo demás no es esto el lugar de profundizar más en la inmensa problemática de los "actos políticos" en el derecho administrativo español.

(231) Según el Reglamento Orgánico de la Policía Gubernativa (Decreto 2038/1975 de 17 de julio (B.O.E. nº 211 de 3 de septiembre), las funciones de la misma son "prevenir, mantener y restaurar, en su caso, la seguridad y el orden públicos, cumpliendo y haciendo cumplir las disposiciones legales " (art.2º,1). En semejantes términos se expresa el art. 93 refiriéndose al Cuerpo General de Policía: "De conformidad con el art. 2º de este Reglamento, corresponde al Cuerpo General de Policía la prevención, mantenimiento y restauración de la seguridad y el orden públicos, juntamente con la Policía Armada, Guardia Civil...". El art. 260 establece, por su parte, que a la Policía Armada "le compete fundamentalmente asegurar y restablecer el orden público". La nueva regulación vigente de los denominados "Cuerpos de Seguridad del Estado" (Ley 55/1978 de 4 de diciembre

.....

Recientemente ha vuelto a plantearse la cuestión en la doctrina alemana a través del artículo de OSSENBUHL "Der polizeiliche Ermessen und Beurteilungsspielraum" (232), correspondiente a una conferencia pronunciada por este profesor de la Universidad de Bonn en la Escuela Judicial de Trier. La tesis sustentada por OSSENBUHL resulta especialmente significativa, habida cuenta de su larga dedicación como investigador al tema en cuestión, partiendo, inicialmente de posiciones francamente limitativas de la potestad discrecional de la Administración, así como de su "margen de apreciación" (233). "Los nuevos métodos y formas de perturbación de la seguridad pública, como, por ejemplo, las sutiles formas de represión con connotaciones políticas

..... de la Policía; B.O.E. nº 293 de 8 de diciembre), establece, en su artículo 2º, que los citados Cuerpos (Policía -tanto el Cuerpo Superior de Policía como la Policía Nacional y Guardia Civil art. 1) "tendrán como misión defender el ordenamiento constitucional, proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades, y garantizar la seguridad ciudadana". En cumplimiento de las anteriores "misiones generales, tendrán las siguientes funciones: a) mantener y restablecer el orden público y la seguridad de los ciudadanos, garantizando el ejercicio de sus derechos y libertades"

(232) Publicado en DÖV 1976, págs.463 y sigs.

(233) Al respecto ya había observado Walter SCHMIDT una cierta aproximación de OSSENBUHL hacia las formulaciones que se desenvuelven en el marco de la discrecionalidad como problema de la complementación concreta del tipo (NJW 1975, pág.1755, nota 17; ello resulta obvio tras su formulación, en 1970, de su teoría del "acto de ponderación", inevitable en las normas en las que se contienen conceptos indeterminados que impiden la correspondencia automática entre tipo y consecuencia jurídica (DÖV 1970, pág.86). El que tal "acto de ponderación" se considere desde la perspectiva de la "complementación del tipo" o de la consecuencia jurídica, es cuestión intrascendente, siempre según el citado autor, por ser un problema fundamental^{mente} terminológico.

(formación de grupos secretos clandestinos, secuestro de políticos y diplomáticos, piratería aérea) y las tácticas que se han utilizado en las manifestaciones en los últimos diez años"(234) parecen justificar un trato jurídico especial, "más elástico", de las decisiones de la Policía, aunque entroncado (teóricamente) en la dogmática general de la discrecionalidad administrativa, de cuyo ámbito no deben quedar excluidas.

b.- La evitación de peligros públicos, que constituye deber esencial de la Policía, según su conocida "cláusula general", es considerada como clara decisión de pronóstico, sometida, por tanto, a un régimen jurídico especial de "fundamentación" de la propia apreciación del funcionario. De esta forma la aplicación del concepto de peligro para el orden o la seguridad públicos por parte de la policía se sitúa entre los supuestos de libre apreciación (Beurteilungsermächtigung), con la inevitable consecuencia de tener que considerar la decisión administrativa como la vinculante en último grado, pese a la posible interpretación distinta del tribunal(235). De esta manera, tal y como señala

(234) "Der polizeiliche Ermessen..." cit. pág.464. También, sentencia OLG Celle, en DÖV 1972, pág.243.

(235) OSSENEUHL, "Der polizeiliche Ermessen..." cit. pág. 467: "Aquel que no quiera aceptar una "decisión discrecional unitaria", dirigida por los conceptos jurídicos indeterminados en el tipo, tendrá que conceder, sin embargo, que la Policía dispone de una autorización para la apreciación en la aplicación del concepto de peligrosidad, que, según la dogmática general, conduce a que la decisión de la Administración esté considerada como la ulteriormente vinculante en los casos-límite dudosos, a pesar de la interpretación opuesta del tribunal".

el citado OSSENBÜHL, el concepto de "peligro" de la conocida cláusula general de Policía no sería más que un concepto normativo-subjetivo de probabilidad, en la medida en que debe ser sometido a un proceso de relativización y subjetivización(236).

La cuestión se reduciría, pues, al cumplimiento de la diligencia debida en el examen de la situación (nach pflichtmäßiger Prüfung) por parte del funcionario pertinente. Resulta preciso destacar aquí la coincidencia que por esta vía del "margen de apreciación" se establece con el denominado "concepto penal específico" de conformidad a derecho del ejercicio del cargo. Esta coincidencia es especialmente curiosa si se tiene en cuenta que este "concepto penal específico" se basa en la existencia de un ámbito de discrecionalidad, y, sin embargo, en la pretendida independencia con respecto a la teoría administrativa de los actos defectuosos, es decir, en la construcción de una particular teoría del error del funcionario fundamentada en el criterio de la realización, por su parte, del "examen conforme a deber" de los presupuestos de la intervención, como elemento subjetivo de la justificación.

Aunque según esta nueva teorización no se pretende mantener la fijación discrecional por parte de la Administración de los conceptos de orden o seguridad públicos(237) sino la simple apreciación "libre" de la situación de peli

(236) Ob. ult. cit.,pág.466.

(237) Actualmente resulta indiscutible en todos los países occidentales que el orden público es el ejemplo más claro de concepto jurídico indeterminado (Cfr. Eduardo GARCIA de ENTERRIA, "La lucha..." cit. pág.62/63.

gro para dicho orden o seguridad, lo cierto es que la interdependencia entre ambas facetas es difícilmente soslayable. Ello resulta especialmente evidente si se repara, por ejemplo, en la problemática que, al respecto, puede suscitar el concepto "amplio" o "estricto" de "orden público" que se mantenga(238). Si, tal y como hace la Jurisprudencia y doctrina penal dominantes en España, el concepto de orden público viene referido "más a la honorabilidad del cargo que a una alteración de la tranquilidad ciudadana en las manifestaciones colectivas"(239), resultará con secuencia entender la actuación del agente de la autoridad que detiene, por ejemplo, esgrimiendo incluso su arma de fuego reglamentaria con fines conminatorios, al ciudadano que sin alterar la tranquilidad ciudadana pretende atacar dicha honorabilidad (por ejemplo, verbalmente) como incluída dentro de su función restablecedora del orden público, quebrantando o puesto en peligro. Si, tal y como pienso (aceptando las conclusiones a que llega OCTAVIO DE TOLEDO en base a un concepto estricto de orden público), tal conducta del ciudadano no constituiría un supuesto de peligro para el orden público resultará imposible la solución dominante antes expuesta. La interrelación, pues, entre la interpretación del concepto de orden público, y la apreciación del peligro para el mismo es, en todo caso, manifiesta.

La tesis expuesta por OSSENDOHL resultaría, sin embar

(238) Al respecto sigo los planteamientos de Emilio OCTAVIO de TOLEDO, contenidos en su artículo "El bien jurídico protegido en los Capítulos VI y VIII del título II del Código penal", en Cuadernos de política criminal, nº 1, págs. 115 y sigs.

(239) OCTAVIO de TOLEDO, ob. cit. pág. 122.

go, atractiva, de no venir referida a un concepto de tal indeterminación y repercusión sobre los derechos subjetivos como el de orden público, ya que sus tesis admiten y establecen la diferencia existente entre la apreciación libre de la "puesta en peligro" y el sometimiento estricto(?) a la existencia del supuesto predefinido conceptualmente por los tribunales, a efectos de conceder juricidad a la actividad desarrollada por el funcionario ejecutor en cuestión. Lo cierto, sin embargo, es que la amplitud con que se define jurisprudencialmente el concepto de "orden público", al fortalecer la propia indeterminación del mismo, conduce, inevitablemente, a la forzosa determinación del mismo por quien en un cierto momento tiene que aplicarlo, es decir, actuarlo. Elle se realizará, normalmente, mediante la decisión tomada por el funcionario ejecutor sobre la existencia, o no, de una situación de peligro para el orden o la seguridad públicos.

Este proceso de determinación del concepto podría evitarse si los tribunales no renunciasen a definir un concepto estricto de orden público en la resolución de los casos concretos, e, incluso, si el legislador tuviese en cuenta, asimismo, la necesidad de delimitar conforme a lo dicho el precitado concepto. No cabe duda de que también la definición del concepto, positiva o negativamente, en referencia a la "tranquilidad ciudadana", vinculada al normal discorrir de los derechos o libertades cívicas, participaría de la problemática de los "conceptos indeterminados de la ley", pero resulta igualmente evidente que sirve para delimitar con cierta precisión el concepto al que se refiere(240).

(240) En sentido similar se expresa GARCIA de ENTERRIA.....

En tales supuestos podría aceptarse que, efectivamente, el funcionario ejecutor tendría que referir su decisión, exclusivamente, a la apreciación del "peligro" para ese orden o seguridad públicos predefinidos, por lo que se estaría moviendo en el terreno, al que aludía OSSENBÜHL, de la decisión de pronóstico o prognosis, acogida -según un sector jurisprudencial y doctrinal con el que coincide OSSENBÜHL- al régimen del "margen de apreciación" o "autorización para la apreciación"(241).

Sin embargo, la referencia a las decisiones de pronóstico tampoco justifica, desde mi punto de vista, (tal y como quedó expuesto con anterioridad(242)) la inclusión-extensión de tales actividades de la Administración coactiva en un sistema generalizado de "margen de apreciación", ya que estas situaciones se definen, en su mayoría, por un alto grado de posibilidad de constatación, y por ello de revisión judicial de la hipótesis en que se basan. La

..... al aplicar la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados para reducir la imprecisión e indeterminación con que se suele definir el concepto de orden público o de su alteración (p.ej. art. 2º Ley de Orden Público de 1959-1971, a la que se refiere el autor citado: "los actos que atenten a la unidad espiritual, nacional, política y social de España" o "los que alteren la paz jurídica o la convivencia social"). Esta reducción judicial a la que alude GARCIA de ENTERRIA debe tender, además, hacia la delimitación de un concepto estricto de orden público o de los actos contrarios al mismo; así el citado autor se refiere a la exclusión de la calificación de actos contrarios al orden público de "aquellos que no tienen nada de públicos porque no son ni siquiera externos... o cuya eventual perturbación... no alcanza tampoco un nivel de perturbación pública objetiva" ("Sobre los límites del poder de policía general y del poder reglamentario", en R.E. D.A., nº 5, 1975, pág.211).

(241) Cfr. supra pág.159 y 162 y sigs.

(242) Cfr. supra pág.164/165

adscripción indiscriminada de toda clase de decisiones de pronóstico, ya a la discrecionalidad, ya al margen de apreciación, se basa en una errónea concepción de las mismas, que conduce a su confusión con los denominados "tipos de sospecha"(243). Tal y como afirma SCHÜNEMANN al enfrentarse con un supuesto de ejercicio del cargo, no es preciso quebrarse la cabeza para justificar la conformidad a derecho de actuaciones que definen su juridicidad por la constatación de una apariencia, y no de la confirmación material, ex post, de la misma, ya que ello tiene naturaleza de derecho positivo a través de los "tipos de sospecha" (244).

No me parece correcto, por ello, (a diferencia del propio SCHÜNEMANN), incluir entre tales "tipos de sospecha" los supuestos de apreciación del "peligro" para el orden público, tal y como se considera mayoritariamente(245), ya que es perfectamente posible diferenciar, a efectos de discrecionalidad y margen de apreciación, entre las decisiones de pronóstico que participen de una esencia manifiestamente "personal-valorativa", y aquellas otras que son perfectamente contrastables, sin olvidar que por tratarse de decisiones "hacia el futuro" la constatación de las mis

(243) Cfr. supra pág. 165/166

(244) Bernd SCHÜNEMANN, en JA, 1972, pág.710.

(245) Concretamente incurren en tal equiparación, en trabajos relacionados con la conformidad a derecho en el ejercicio del cargo referida al delito de resistencia: SCHÜNEMANN, ob.cit.pág.710; Gerd-Steffen THIELE, "Zum Rechtmässigkeitsbegriff bei parágrafo 113 Abs. 3 StGB", en JR, 1975, pág. 353/354; Manfred REHBINDER, "Die Rechtmässigkeit der Amtsausübung im parágrafo 113 StGB", en GA 1963, pág.39.

mas tiene que ir dirigida hacia su fundamentación. La diferencia existe, no obstante, ya que en el caso de los "tipos de sospecha" basta la constatación, fundamentalmente fáctica, de la existencia "racional" de la sospecha (es decir, la constatación de hallarse fundamentada la propia sospecha) para que sea imposible, por imposición del derecho(246), alterar la decisión, en el sentido de considerarla no conforme a derecho. Por el contrario, existen, como se vió(247), decisiones de pronóstico cuya fundamentación no impide que la decisión pueda ser alterada y sugtituída por los tribunales en su búsqueda de la solución "más racional, más lógica o más igualitaria", por utilizar las palabras de CLAVERO AREVALO(248), y ello también en base a la naturaleza técnica-contrastable de estas decisiones. Especialmente lúcido resulta al respecto, el enfoque del tema hecho por Martín FINCKE, para quien el "exámen conforme a deber"no es, en los tipos de sospecha, un elemento distinto y diferenciable a añadir a los elementos objetivos, sino un elemento objetivo más, ya que tales tipos o categorías vienen definidos, precisamente, por tal

(246) El art. 492 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal obliga a la autoridad o agente de policía judicial a detener a una persona siempre que: 1º)Tenga motivos racionalmente bastantes para creer en la existencia de un hecho que presente los caracteres de delito; 2º) que les tenga también bastantes para oer que la persona a quien intente detener tuvo participación en él".

(247) Cfr. supra pág.

(248) En "Jurados fiscales y jurisdicción contencioso-administrativa", R.A.P., 1962, pág. 15.

examen, es decir, por el "tomar por autor a alguien"(249). Y así, para FINCKE "el examen conforme a deber no es un tercer elemento de justificación sino parte integrante de los (si así se quiere) presupuestos "objetivos" de la sogpecha considerable como cualificada"(250).

c).- En mi opinión la apreciación por los funcionarios de la Administración coactiva de una situación como "peligrosa para el orden público" debe verse sometida no sólo a la interpretación estricta del concepto indeterminado de "orden público", en los términos apuntados, sino también a la consideración del carácter constatable judicialmente de los hechos fundamentantes de la apreciación y de los elementos valorativos pre-concretados y predeterminados judicial y/o legislativamente a través de la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados. Sólo un posible, aunque no obligado, último reducto valorativo-subjetivo no rellenable objetivamente debe quedar como "margen de confianza" del funcionario en cuestión. Esta delimitación del ámbito objetivo de la apreciación de la peligrosidad para el orden y la seguridad públicos, y reducción consiguiente del ámbito subjetivo, no conlleva necesariamente la exclusión, en los casos-límite, de la posible consideración de una actuación como "conforme a deber", que no fuese considerada, sin embargo, por los tribunales como objetivamente (no "materialmente") "conforme a derecho". La sustanciación de esta problemática en derecho penal dependerá

(249) Martín FINCKE, "Darf sich eine Privatperson bei der Festnahme nach parágrafo 127 StPO irren?", en GA 1971, pág. 41 y sigs.

(250) FINCKE, ob. cit. pág.46.

de la óptica que se adopte en la resolución de los problemas de error, así como respecto al "deber objetivo de cuidado", y tendrá importantes consecuencias respecto a la conducta del ciudadano frente a las actuaciones de esta clase de los funcionarios ejecutores. A ello se dedican los siguientes capítulos.

Cabe todavía, sin embargo, referirse, de nuevo, al argumento del "quis iudicabit"(251), introducido con fuerza, precisamente, por OSSENBÜHL en la doctrina administrativa de la discrecionalidad. En función del mismo y de la respuesta ya dada a la pregunta (favorable al reconocimiento de esa función últimamente responsable a los tribunales), cabe entender, sin lugar a dudas, que también la propia existencia de la "situación de peligro" debe ser definida en último extremo por los tribunales(252) en un proceso intelectivo que tenga en cuenta la situación tal y como era objetivamente cognoscible "ex ante" por el funcionario de la Administración coactiva.

(251) Cfr. ¹⁴⁹supra págs. 149 y sigs.

(252) En este sentido se expresa la opinión dominante en la jurisprudencia y doctrina alemanas: Cfr. DREWS/WACKER/VOGEL, "Gefahrenabwehr", Tomo I (1975), pág. 137. Esta opinión hay que matizarla ya que suelen distinguirse varias cuestiones diferentes al respecto. Así, por ejemplo, la cuestión de si se debe intervenir para la eliminación del "peligro" es considerada "cuestión de discrecionalidad", mientras que es "cuestión de derecho" la decisión sobre qué medidas son necesarias, retornando de nuevo a la discrecionalidad la decisión sobre cuál, entre varias medidas diferentes y necesarias, hay que escoger. Al respecto, en derecho comparado, recoge GARCIA de ENTERRIA varios supuestos ("La lucha..."cit.pág.64/65 nota 56) en apoyo de su propia opinión.

Es observable, en resumen, una clara tendencia defensiva en la jurisprudencia y doctrina alemanas, en lo que se refiere, especialmente, al ámbito de actuación y decisión de la Administración coactiva directa, que conecta con la construcción jurisprudencial y doctrinal penal del "concepto específico" de conformidad a derecho del ejercicio del cargo. La resolución de los problemas según la fórmula del "examen conforme a deber", es decir de la discrecionalidad o el "margen de apreciación" ejercida conforme a deber, se extiende en este ámbito de la coacción directa tanto a la selección de los medios entre varios "necesarios", como a la decisión sobre la misma intervención (253), y ello es común en el ámbito administrativo y en el penal, en la R.F.A.

(253) Cfr., por todos, DREWS/WACKE/VOGEL, ob.cit. tomo I, pág. 137.

4.- CONCLUSIONES PARCIALES

1).- La función en la norma de los conceptos jurídicos indeterminados se deduce de que el legislador evita un estéril casuismo a través de la utilización de estos conceptos que se "rellenan" de contenido al tener que ser aplicados al caso concreto. Su indeterminación no es, por tanto, ni muchos menos, absoluta.

2) El reconocimiento de un reducido y extremo ámbito personal incontrastable, conformado por un haz de valoraciones intelectuales, posiblemente distanciadas, incluso, en el tiempo y en el espacio, y de imposible repetición, es el reconocimiento de una realidad natural, inalterable sin incurrir en un claro abuso de poder por arbitrariedad legislativa; por el contrario la concepción legal de que dentro de lo opinable y fundamentado prevalezca la opinión y fundamentación de un determinado órgano, supone simplemente, establecer una jerarquía resolutive basada en el criterio de la independencia y objetividad en la decisión de los conflictos entre la Administración y los ciudadanos. En el terreno del derecho penal cabe afirmar que en el primer supuesto no se puede, ni se pretende, imponer un "deber ser" coincidente con el baremo de "tal y como habría actuado (o decidido) cualquier persona normal en la misma situación", por no existir posibilidad comparativa, en tanto que en el segundo de ellos es evidente tal pretensión y posibilidad.

3) Con respecto al argumento de la "única solución correcta", no cabe decir que sea falsa en los supuestos en que se pretende admitir un "margen de apreciación" (en los Koppelungsvorschriften). Participa, eso sí, de la misma "ficción" sobre la que se asienta el propio caminar del Derecho, y que no es otra que la consideración de que la última decisión judicial, la sentencia firme, supone la realización de la justicia implícita en la correcta aplicación del Derecho.

4) La teoría del Beurteilungsspielraum, y su vertiente la teoría de la fundamentación, no puede manejarse con carácter general, sino muy estrechamente unida a las categorías de sospecha que, por su propia naturaleza imposibilitan la extensión del control judicial de la decisión del funcionario más allá de su fundamentación.

5) El entendimiento del Beurteilungsspielraum como reconocimiento de una dificultad de control, desde la perspectiva procesal de la prueba (y no como una exención del control), desplaza el interés jurídico hacia la fundamentación o motivación de la decisión administrativa en los supuestos límites que se encuadran dentro de la categoría de lo "personal-valorativo-fundamentado" hasta delimitar lo objetivamente inconstatable. Este planteamiento vincula directamente la cuestión de las decisiones administrativas con la del "quis iudicabit?" y permite la afirmación de una sola decisión correcta en los conceptos jurídicos indeterminados, sin que ello conlleve necesariamente infracción del deber por parte de la autoridad administrativa o funcionario que subsumió inicialmente el caso concreto en el concepto indeterminado.

6) La apreciación por los miembros de los Cuerpos de Seguridad del Estado, de una situación como "peligrosa para el orden público", debe verse sometida, no sólo a un estricto sometimiento al concepto jurídico indeterminado de orden público, en su acepción también estricta, sino también a la consideración del carácter constatable judicialmente de los hechos fundamentantes de la apreciación, así como de los elementos valorativos pre-concretados y pre-determinados judicial o legislativamente a través de la técnica de los conceptos indeterminados. Sólo un posible, aunque no obligado, reducto valorativo-subjetivo no rellenable objetivamente debe quedar como "margen de apreciación del funcionario en cuestión. Esta delimitación del ámbito objetivo de la apreciación de la peligrosidad para el orden público, y reducción de su ámbito subjetivo, no conlleva, necesariamente, la exclusión en los casos límites de una posible existencia de una actuación "conforme a deber", que no fuese, sin embargo, considerada por los tribunales como "objetivamente (no materialmente) conforme a derecho". La sustanciación de esta problemática en el terreno penal dependerá de la óptica que se adopte en la resolución de los problemas de error, así como respecto al "deber de cuidado" en el injusto penal.

CAPITULO II

EL ELEMENTO SUBJETIVO DE JUSTIFICACION Y SU AUSENCIA

SUMARIO

I.- Introducción.

II.- El elemento subjetivo de justificación.

1.- Naturaleza y concepto

- a) El momento intelectual y el momento volitivo.
 - a.1. Motivo, fin subjetivo y momento volitivo en la exclusión del injusto.-Conclusión.
 - a.2. La "dirección de la voluntad" en la teoría finalista de la acción: reducción dogmática.- Conclusión.
- b) Introducción a la crítica de la concepción del elemento subjetivo de justificación como "elemento negativo del dolo excluyente del tipo" (tatbestandausschliessendes negatives Vorsatzelement).
- c) La pretendida exigencia de una "intención especial", además del elemento subjetivo de justificación, en determinadas causas (manifiestamente en el ejercicio del cargo).

III.- La relación entre el elemento subjetivo de justificación y los elementos fundamentantes del injusto.

1.- Las teorías de la "congruencia" y de la "justifi-

cación separada", y la integración del desvalor del resultado en el injusto y del valor del mismo en su exclusión.

- 2.- El desvalor del resultado y su función aumentante del injusto: las categorías dogmáticas de la "capacidad de resultado" (Erfolgsfähigkeit) y del "poder de resultado" (Erfolgsmächtigkeit) de la finalidad.- Crítica de ZIRLINSKI.- Crítica de la crítica de ZIRLINSKI: el poder de resultado en el injusto personal.- Crítica general en la doctrina: las "normas de determinación" y las "normas de valoración", y la pretendida diversidad o identidad de sus objetos de referencia: especial consideración de las aportaciones de STRATENWERTH y de Armin KAUFMANN.- Crítica: el desvalor del resultado como desvalor de la finalidad con capacidad y poder de resultado en el injusto del delito consumado.- Su aplicación al delito imprudente.- Resumen y conclusiones parciales.

IV.- El error inverso sobre la situación de justificación.

- 1.- La opción entre la punición del delito consumado o la del intentado, en estos supuestos: estudio crítico de las distintas argumentaciones a través de la fundamentación de la punición del consumado.
- 1.1.- La fundamentación de la punición del consumado en MAURACH, y HIRSCH, especialmente:
- a) El argumento de la plena realización del tipo objetivo: la crítica desde la concepción del injusto personal en la teoría de los elementos negativos del tipo.

b) la punición del delito consumado y la teoría "estricta" de la culpabilidad: La reconducción hacia el delito ideal y la crítica de ROXIN.- La intrascendencia jurídica de la diferencia entre error sobre las circunstancias objetivas y el error sobre la valoración en el error de prohibición.- Crítica.

c) el argumento de la "congruencia".- Crítica.

1.2.- La demostración del injusto consumado en la teoría del injusto personal de ZIELINSKI.

1.3.- Crítica y toma de postura.

V.- El elemento subjetivo de justificación y el tipo imprudente.

1.- Planteamiento general: supuesto y problemática de la sentencia OLG Frankfurt de 12-7-1949.

2.- Concepto y naturaleza del elemento subjetivo de justificación en hechos imprudentes.

a) Teoría de la no exigencia del elemento subjetivo para la justificación de hechos imprudentes: los argumentos de la imprudencia inconsciente o sin representación y de la "plena valoración social".- La solución a través de la "justificación separada" y de las concepciones valorativas de la teoría de los elementos negativos del tipo.- Crítica.

b) Las teorías de la exigencia: las acciones imprudentes en el ámbito de un acto voluntario de justificación.- La crítica de BLANKE.- Contracrítica.

c) Toma de postura.

VI.- CONCLUSIONES.

CAPITULO II

EL ELEMENTO SUBJETIVO DE JUSTIFICACION Y SU AUSENCIA

I.- INTRODUCCION.-

Tanto la afirmación de la Jurisprudencia española en torno a la equiparación entre la existencia real y la putativa de la situación objetiva de justificación en cuanto a la exclusión de la antijuricidad, como la más explícita construcción jurisprudencial en Alemania, en torno a los casos de error sobre los presupuestos de hecho de la causa de justificación en el ejercicio del cargo, desembocan, tal y como quedó explicitado anteriormente, en un concepto penal específico de la conformidad a derecho del ejercicio del cargo, o lo que es lo mismo, de la antijuricidad del mismo, que en lo que se refiere a la opinión jurisprudencial española, podría ser generalizable en sede de causas de justificación, y que, en cuanto a la alemana, queda delimitada a algunas de ellas, especialmente por lo que a esta investigación se refiere, a las acciones del cargo.

Lo realmente destacable de este concepto penal específico, es que su problemática gira y confluye, como se vió, en torno a la realización o no del "examen conforme a deber" de la situación que da lugar a la intervención. Por que, en efecto, este examen puede ser concebido, tal y como afirma ZIELINSKI(1), en un intento de desbrozar la dog

(1) "Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff. Untersuchungen zur Struktur von Unrechtsbegründung und Unrechtsausschluss", 1973, pág.272/273.

trina jurisprudencial alemana al respecto, o bien como "presupuesto formal de la exclusión del injusto", es decir, como elemento subjetivo de justificación, de forma que incluso en los casos de existencia real de la situación justificante, no vendría al caso la exclusión del injusto si tal "examen" no se ha realizado, aunque el autor hubiese percibido la citada situación de forma exacta objetivamente(2), o bien el "examen conforme a deber" no es un presupuesto de exclusión del injusto, sino que adquiere significación, exclusivamente, en los supuestos de error sobre la causa de justificación por parte del autor. En el primero de los supuestos, por tanto, la "exigencia formal del examen sustenta el peso decisivo para la exclusión del injusto, aunque exista el valor compensante frente al desvalor de la acción lesiva"(3). En su segunda acepción, "su significado jurídico queda limitado a la evitación o evitabilidad de ese error"(4).

La Jurisprudencia alemana, que, como quedó dicho anteriormente, ha entendido el citado elemento como elemento subjetivo de la justificación en lo que al ejercicio del cargo se refiere, incurre, sin embargo, en una profunda contradicción, de la que es buen exponente la ya comentada sentencia del OLG de Stuttgart de 27-8-1970(5). En efec

(2) Cfr., en este sentido, Wilfried KÜPER, "Plichtgemässe Prüfung bei Zuziehung von Durchsuchungszeugen", en NJW 1971, págs.1681 y sigs. En general, cfr. supra, págs.37 y sigs.

(3) ZIELINSKI, ob.cit. pág.272.

(4) ZIELINSKI, ob.cit. pág.273.

(5) Cfr. supra págs.37 y sigs.

to, tal y como manifestaba WELZEL(6) -refiriéndose a la Jurisprudencia del RG- a pesar de la citada doctrina jurisprudencial, especialmente insistente, (aún con las críticas de la doctrina científica dominante(7)), en torno al antiguamente denominado "estado de necesidad supralegal"(8), no existe ninguna sentencia condenatoria sólo por la falta del examen conforme a deber". La persistencia indudable por parte de la jurisprudencia, en tal "disociada posición", es analizada por ZIELINSKI en base, precisamente, a la con fusión terórica existente en torno a la naturaleza y significación penal del "examen debido de los presupuestos de la justificación", que como él mismo expresa puede ser en tendido, tal y como se dijo, o bien como presupuesto de la justificación, o bien de relevancia exclusiva para los supuestos de error sobre los mismos.

La investigación sobre el tan problemático "deber de examen" debe aceptar como presupuesto metodológico el apuntado por WELZEL(9) de diferenciar nítidamente, para poder

(6) WELZEL, "Der Übergesetzliche Notstand und die Irrtumsproblematik", en JZ 1955, pág.143.

(7) LENCKNER, en "Schönke-Schröder StGB Kommentar", parágrafo 34, 49. Sólo una minoría doctrinal lo mantuvo, tal y como recoge el propio Lenckner en "Die Rechtfertigungsgründe..." cit, pág.168, concretamente H. MAYER, HENKEL y SCHAFFSTEIN. Actualmente lo sigue manteniendo BLEI (Strafrecht, I, AT, pág.118 (36,IV)).

(8) Cfr. además del precitado artículo de WELZEL, especialmente: Théodor LENCKNER, "Der rechtfertigende Notstand", 1965; el mismo, "Die Rechtfertigungsgründe und das Erfordernis plichtgemässer Prüfung", en Festschrift für H. MAYER, 1966, págs.167/168; anteriormente, Michael WACHINGER, "Der Übergesetzliche Notstand nach der neuesten Rechtsprechung des Reichsgerichtes", en Festgabe für Reinhard von Frank, tomo I (reimpresión 1969), págs.469 y sigs.

(9) "Der Übergesetzliche..."cit, pág.142.

acceder a su verdadera naturaleza, las hipótesis y supuestos en que existan los presupuestos objetivos para una causa de justificación, de aquellos en que, por el contrario, no existan. La aceptación de dicho método permite a LENCKNER enfrentarse con la función del elemento del "examen conforme a deber" en el ámbito de las causas de justificación de la siguiente forma, que entendemos como absolutamente orientativa: 1.- ¿Puede ser antijurídico el hecho, en caso de existencia de todos los presupuestos objetivos de justificación, precisamente porque el autor no ha tenido conocimiento de su existencia a través de un examen conforme a deber?. 2.- ¿Existen causas de justificación en las que pueden ser reemplazadas unas circunstancias externas justificantes por el elemento de examen conforme a deber, con la consecuencia de que el hecho es conforme a derecho, exclusivamente, porque el autor ha obrado con el cuidado al que estaba obligado?"(10). Evidentemente en ambos casos hay que partir y tener en cuenta que toda la problemática aquí aludida incluye, y parte, del análisis de la preexistencia en el autor de una voluntad de actuar en causa de justificación, como elemento subjetivo general, sobre el que se versará en primer lugar.

II.- EL ELEMENTO SUBJETIVO DE JUSTIFICACIÓN.

A.- Naturaleza y concepto.

En el citado estudio sobre las causas de justificación y la exigencia del examen conforme a deber en las mismas señalaba LENCKNER(11) que resultaba ya indiscutido

(10) LENCKNER, "Die Rechtfertigungsgründe..."cit.pág.172.

(11) LENCKNER, "Die Rechtfertigungsgründe..."cit.pág.165.

en la doctrina alemana la formulación de que el autor que realiza un tipo delictivo "en el desconocimiento de una situación de justificación y, en consecuencia, sin la voluntad de la realización de esa causa de justificación", no puede quedar impune(12). La discusión se centra, fundamentalmente, y a partir de tal presupuesto teórico, en si el autor muestra con su acción "el contenido del injusto del delito consumado o sólo del tentado"(13), según sigue cons

(12) En efecto, hoy se reconoce de forma ampliamente dominante en la doctrina alemana la exigencia del elemento subjetivo en cualquier causa de justificación (lo que no equivale siempre a aceptar una naturaleza puramente subjetiva de las mismas), en tanto que la Jurisprudencia y un sector minoritario de la doctrina lo reconocen así sólo para algunas. Cfr. Schönke-Schröder StGB Kommentar, vor. § 32, 13. En general en contra, para todas las causas de justificación: Dietrich OEHLER "Das objektive Zweckmoment in der rechtidrigen Handlung", esp. págs.165-167. En nuestra doctrina penal dominante, causalista: José ANTON ONECA, "Derecho Penal", tomo I, Parte General, 1949, quien por su adscripción a una concepción objetiva de la naturaleza de las causas de justificación, lo niega para la legítima defensa (pág.240) y para el consentimiento (pág.258), afirmándolo, sin embargo, para el estado de necesidad, dado el texto positivo español ("impulsado por...")(pág.266); Antonio FERRER SAMA, "Comentarios al Código Penal", tomo I, 1946, quien lo mantiene p.ej. para la legítima defensa (pág.189) y el estado de necesidad(pág.201); Juan del ROSAL, "Tratado de derecho penal español", Parte General, Vol. I, 1976, que lo afirma en relación con la legítima defensa(pág.860) y el estado de necesidad(pág.876); en contra, sin embargo, en general, José María RODRIGUEZ DEVESA, "Derecho penal español", Parte General, 1977, págs.430/431.

(13) Numerosas ^{veces} se ha resaltado la diferencia existente entre la regulación alemana y la española respecto a las denominadas formas imperfectas, contrándose fundamentalmente dichas diferencias en la conformación subjetiva de la tentativa en el derecho penal positivo alemán(parágrafos 22 y 23 StGB), frente a la "fundamentalmente objetiva" de la regulación española vigente (Cfr. RODRIGUEZ MOURULLO;.....

tatando LENCKNER en el prealudido trabajo.

Las matizaciones sobre el elemento subjetivo en la justificación son, sin embargo, importantes, a partir del punto común inicialmente señalado, y vienen dadas desde el estudio particularizado de cada una de las causas de justificación, hasta concluir en la formulación generalizable extraída de dicho estudio.

..... en "Córdoba Roda-Rodríguez Mourullo, Comentarios al Código Penal", tomo I, art. 3, párr. 2 y 3, pág. 116). La existencia, por lo demás, de dos formas de desistimiento en el StGB alemán (parágrafo 24), fundamenta, por otro lado, la alusión doctrinal a la "tentativa acabada", que con la salvedad anterior equivaldría a nuestra "frustración", y a la "tentativa inacabada" que con las mismas salvedades lo sería a nuestra "tentativa". Esto explica que en la doctrina alemana sólo puedan encontrarse alusiones a la tentativa o al delito intentado, incluyéndose allí, tanto la acabada como la inacabada o la imposible (esta última en el parágrafo 23, 3, StGB). Es a esta última a la que se suele referir la doctrina germana mayoritaria, cuando se plantea el problema al que se alude en el texto que motiva esta Nota. (Al respecto cfr. HIRSCH, en LK, I, vor parágrafo 51, 42.

Estas razones abundan en que, dado que el estudio que aquí se realiza se fundamenta, totalmente en la doctrina alemana se mantenga en este trabajo la terminología de los alemanes, sin más especificación. Dado que, además, en cuanto a la tentativa imposible (que, sin embargo, puede resultar impune (parágrafo 23, 3 StGB alemán) la aproximación entre ambos ordenamientos, en base a criterios objetivos, es posible; dado, además, que en el vigente C.P. español es posible la imposición de una misma pena (inferior en un grado) para la tentativa y la frustración; dado, también, que la equiparación entre la pena de la tentativa imposible y la de la tentativa, es forzosa, según el art. 52 del C.P.; y dado, finalmente, que también es posible construir un sistema del que desaparezca la "frustración", sin por ello tener que recibir las tesis subjetivas sobre la "tentativa" (así, por ejemplo, se puede decir que hay tentativa cuando se practican todos o parte de los actos de ejecución que deberían producir el delito

Bajo el término de "conocimiento de la situación de justificación" pueden subyacer, en efecto, muy distintas concepciones del elemento subjetivo de justificación.

Así, BLANKE manifiesta que "cuando en la doctrina científica y en la jurisprudencia se denomina la parte subjetiva del hecho como "fin pedagógico", "voluntad de defensa", "voluntad de salvación", se entiende más que el sólo actuar en conocimiento de la situación justificante. Con el concepto "voluntad de defensa", etc. se exige el ulterior momento subjetivo de que el autor tendría que actuar para "defenderse a sí mismo o a otro" (14). Tal conclusión ni es indiscutida, ni se adopta, en todo caso, por las mismas causas.

a.- En efecto, la bipartición del "conocimiento de la situación de justificación" en un "momento intelectual" y otro "momento volitivo", permite establecer un amplio abanico de concepciones del elemento subjetivo, en consonancia con la que se tenga del injusto, que irá desde aquellos que admiten los elementos subjetivos de justificación al menos como conocimiento de la situación de justificación, hasta su construcción vinculada a una dirección de la voluntad en la teoría del injusto personal.

Interesa, pues, matizar, a través de las construcciones

..... y no lo producen por causas independientes de la voluntad del sujeto); dadas estas razones, decía, creo que está ampliamente fundamentada la permanencia en la utilización, a partir de aquí, de esta terminología. Con ello manifestamos, además, una pretensión de *lege ferenda*.

(14) Ernst-August BLANKE, "Die subjektiven Rechtfertigungselemente", Dissertation. Bonn, 1960, pág. 134.

jurídicas más significativas, qué se entiende por elemento subjetivo de la justificación, cuya afirmación en toda causa de justificación es, como constata SANSON, obligada en la teoría del injusto personal(15).

LENCKNER, que se ha ocupado del tema de las causas de justificación con cierta profundidad, entiende en SCHÖNKE-SCHRÖDER Kommentar que tal conocimiento se refiere a la conciencia que produce en el autor de actuar tal y como se le autoriza objetivamente, no siendo necesaria una determinada "dirección de la voluntad" (Willensrichtung) más que en casos excepcionales(16). Su aceptación, pues, de los términos jurisprudenciales "voluntad de defensa", etc., está condicionada a su interpretación desvinculada de cualquier referencia a la "intención".

No cabe duda de que en tal opinión queda establecida, también, una cierta relación entre el denominado "momento intelectual" o conciencia global de la situación, y el "momento volitivo" o de dirección de la voluntad. El propio LENCKNER así lo manifiesta ya que no concibe que (ejemplificando) el médico que actúa con conciencia de los presupuestos del parágrafo 218 b, 1, -que se refiere al aborto realizado tras las doce primeras semanas de embarazo para evitar un peligro para la vida, o grave para la salud de la embarazada- no quiera también el resultado de salvación. La opinión de LENCKNER puede prestarse, sin embargo, a confusión, ya que la pretendida desvinculación con respec-

(15) En SK., I, AT, Vor parágrafo 32, 23 (pág.263).

(16) Excepciones que recoge ulteriormente en el propio "Schönke-Schröder StGB Kommentar", Vor. parágrafo 32, 16 (cfr. al respecto, infra pág. 212).

to a una "dirección de la voluntad" en el elemento subjetivo de justificación, puede aproximarse a una conformación del mismo referida casi exclusivamente al momento intelectivo. En efecto, éste no es más que la consciencia de la situación, mensurable a través de una "valoración paralela en la esfera del profano". El autor -dice BLANKE al describir el momento intelectual del elemento subjetivo de justificación- "no necesita tener una representación de las circunstancias del hecho claramente perfilada en el sensido del concepto legal", su consciencia se refiere más a una "consciencia actual", a un "haber pensado en las circunstancias del hecho en el momento del hecho"(17).

Resulta claro que si se renuncia a entender la "voluntad de defensa", etc., como "dirección de la voluntad" referida a la defensa, es difícil mantener una interpretación del elemento subjetivo de justificación que supere la fase intelectual. Al afirmar, sin embargo, LENCKNER que es impensable que quien tiene consciencia de los presupuestos justificativos no dirija también su voluntad hacia la justificación, está basándose en una hipótesis de trabajo que requiere una profunda fundamentación y matización conceptual. De ser ello cierto en todo caso, como pienso, resulta absolutamente contradictorio exigir una "especial intención" (besondere Absicht) en determinadas causas de justificación, tal y como hace LENCKNER(18) identificando esa "intención" con la dirección específica de la voluntad por la que, precisamente, la acción es valorada jurídicamente; si la consciencia de la situación de estado de nece

(17) BLANKE, "Die Subjektiven..." cit. pág.133.

(18) En "Schönke-Schröder StGB Kommentar", Vor 32, 16.

sidad implica la querencia, también, del resultado de "salvación", no se entiende cómo LENCKNER puede exigir una "intención especial de salvación" en el estado de necesidad además o junto al elemento subjetivo general de la "consciencia de los presupuestos objetivos de la justificación". La crítica, pues, no va dirigida tanto a la primera parte o presupuesto del razonamiento de LENCKNER, como a la inconsistencia que se manifiesta ulteriormente con respecto al mismo. Todo ello hace pensar que realmente este autor se mueve en una concepción del elemento subjetivo de justificación restrictiva de su esencia al momento intelectual (19), lo cual, desde mi punto de vista, es consecuencia, entre otras causas, de una insuficiente delimitación entre "intención", "motivo" y "voluntad de la acción" o "dirección de la voluntad".

a.1.- En efecto, la pretensión de LENCKNER de desvincular la "voluntad de defensa" (conocimiento, según él) de la "intención" (fin de defensa-dirección de la voluntad, según él) le hace concluir que el motivo del autor no juega ningún papel en la justificación(20).

La intranscendencia al respecto del motivo o motivación es, sin embargo, punto común en la doctrina penal(21).

(19) En sentido crítico, cfr. JESCHECK, Lehrbuch, pág. 263, nota 24.

(20) En "Schönke-Schröder StGB Kommentar", Vor parágrafo 32, 14.

(21) En especial en la doctrina moderna: RUDOLPHI, "Inhalt und Funktion des Handlungsunwertes im Rahmen der personalen Unrechtslehre", en Festschrift für Maurach, 1972, pág. 57; STRATENWERTH, AT, I, pág. 149 (Rdn. 483); ZIELINSKI, ob. cit., pág. 234; BLANKE, ob. cit. pág. 134.

La confusión terminológica y conceptual, en general y en especial en LENCKNER, es muy grande, y su clarificación requiere, a mi entender, un encuadramiento dogmático dentro del contexto de la teoría del injusto y de su exclusión.

En efecto, la referencia doctrinal -no causalista- a un "momento intelectual" y a otro "volitivo" en la conformación del elemento subjetivo de justificación se explica, en última instancia, por la necesaria aplicación de la dogmática de la acción, y en consecuencia del injusto, al terreno de la exclusión del mismo. La reconocida naturaleza final de la acción (lo que no equivale siempre a la aceptación del finalismo como teoría jurídica del delito, como se sabe) condujo mayoritariamente a la doctrina a la investigación del momento intelectual y el volitivo en los correspondientes tipos del injusto. Y así, con especial claridad en lo que al tipo doloso se refiere, se trasladan a la exclusión del injusto los correspondientes momentos subjetivos fundamentantes del juicio, o del indicio, de la antijuricidad: conciencia y volición.

Con ello no se quiere decir -es importante tenerlo en cuenta- que el elemento subjetivo de justificación sea la "contrapartida exacta del dolo", en la línea de STRATEN-WERTH, entre otros, que será sometida a crítica en su momento. Esta opinión supone ya una complementación determinada del contenido del elemento subjetivo de justificación, es decir de la conciencia y de la volición antes referidas.

Tampoco se quiere mantener -es importante asimismo re

saltarlo- la exclusiva exigencia del elementos subjetivo de justificación para la exclusión del injusto doloso. Los problemas que ello plantea frente a la imprudencia, y más en concreto frente a la "inconsciente", se tratarán ulteriormente.

Si se han introducido estas matizaciones es para destacar que el hecho de la posible existencia ulterior de divergencias doctrinales en torno a la teoría de la justificación subjetiva, no enturbia en nada la realidad inicial sobre la que se asienta la estructura "momento intelectualivo-momento volitivo" del elemento subjetivo de justificación.

Ahora bien, junto a esa "voluntad de la acción" o "dirección de la voluntad" puede darse un momento subjetivo que exceda al propio momento voluntativo(22). Ese otro momento subjetivo puede estar representado por el "fin subjetivo", entendido como aquello que se persigue, con independencia del motivo por el que se persigue, o incluso, por el "motivo", entendido como "la fuerza que provoca la voluntad, que impulsa la acción"(23), y que, por tanto, está presupuesto en el momento voluntativo(24).

De lo apuntado hasta ahora se deduce que la "voluntad de la justificación" no puede ser concebida solo como "co

(22) BLANKE, ob.cit.pág.134.

(23) BLANKE, ob.cit.pág.134.

(24) BLANKE, ob.cit.pág.134 (aún reconociendo, como reconoce BLANKE en nota nº 21, la dificultad de separar el elemento subjetivo de justificación (conocimiento y volición) del motivo o del fin subjetivo).

nocimiento actualizado de la situación de justificación", sino, mucho más, como "voluntad de acción", es decir, como "dirección de la voluntad", o lo que es igual como "momento volitivo". Por otro lado la "intención", que en LENCKNER es "fin de..." no es más que el "fin subjetivo", perfectamente diferenciable del "fin de defensa", de "cumplimiento del deber", etc., que equivale a "actuar para...", es decir que coincide con el concepto de dirección de la voluntad, y que es parte integrante del propio elemento subjetivo de justificación (que es, como se verá definitivamente, conocimiento-volición de la causa de justificación y no, simplemente, de la autorización). En consecuencia, el fin subjetivo y el motivo, que tanto preocupan a LENCKNER, fijados así conceptualmente, no tienen nada que ver, en general, con el elemento subjetivo de justificación, que no por ello tiene que reducirse a un mero momento intelectual. Ahora bien, tanto el uno como el otro pueden ser también, al igual que cualquiera de los denominados elementos subjetivos de naturaleza no final(25), elementos fundamentantes del injusto, y de serlo cabría pensar que también tendrán que ser compensados para la exclusión total del mismo.

De ser así, y sólo en tales casos, ese elemento subjetivo del injusto co-fundamentante del injusto específico no quedaría compensado en caso de subsistencia en la conducta en causa (subjetiva y objetiva) de justificación de un "motivo" o "móvil" desvalorable. Con ello restaría, como dice BLANKE, "un rudimento del indicio de antijuricidad

(25) KRAUSS, "Erfolgsunwert und Handlungsunwert im Unrecht", en ZStW 1964 (tomo 76), págs. 49 y sigs.(51).

no neutralizado"(26), que por no ser suficiente para fundamentar un delito consumado ni uno intentado, puesto que por sí mismo no puede fundamentar el desvalor-injusto, resulta intrascendente para su justificación.

Repárese, sin embargo, en que "motivo" o "móvil" (y fin subjetivo) han quedado claramente diferenciados del elemento subjetivo de justificación, hasta tal punto que ni siquiera forman parte del mismo(27). Su intrascendencia para la justificación, en general, se debe a su esencial insuficiencia, individualizado, y no a su "absorción" por el elemento subjetivo de justificación.

Pero las razones que fundamentan esta no absorción no son las aducidas por BLANKE consistentes en que en caso contrario el elemento subjetivo de justificación quedaría relleno de connotaciones valorativas pertenecientes a la culpabilidad(28). La posible ordinación, como parte del elemento subjetivo de justificación, de un "motivo" o "móvil" directamente compensante del correspondiente elemento subjetivo del injusto, no tiene por qué basarse, ni conducir, en una exigencia de compensación del conocimiento de la antijuricidad, como piensa BLANKE, ya que esto, efectivamente, no es cuestión de justificación por pertenecer al ámbito de la culpabilidad. Tampoco las argumentaciones tendentes a evitar las connotaciones ético-morales en la concepción del elemento subjetivo de justificación tienen mucho sentido en supuestos en los que (como los que nos ocupan en este momento), precisamente, esas "connotaciones" han sido ubicadas en el injusto y no en la culpabilidad.

(26) Ob.cit.pág.142.

(27) En este sentido, BLANKE, ob.cit.pág.142.

(28) Ob.cit.págs.142/143.

Por el contrario las razones existentes para declarar que tampoco en estos supuestos el "motivo" o "móvil" forma parte del elemento subjetivo de justificación se encuentran en la propia naturaleza, o mejor, estructura interna de su injusto, en el que la naturaleza dependiente de los elementos subjetivos del injusto con respecto a la voluntad de realización del tipo objetivo es perfectamente clara. Ello es lo que confirma en el terreno de la justificación su carácter también dependiente de la preexistencia del elemento subjetivo de justificación.

Estas matizaciones demuestran, a mi entender, que (también desde la dominante concepción "compensatoria" de la justificación) existe la necesidad dogmática de compensar específicamente el injusto específico, aunque si existe el elemento subjetivo de justificación la especificidad subjetiva del injusto y de su exclusión (motivo, etc...) pierda toda su significación práctica en el plano de la justificación.

La distinción llevada a cabo entre motivo y elemento subjetivo de justificación, y la relación de dependencia establecida, permite afirmar, con independencia de la argumentación de BLANKE, que la sólo existencia del primero de ellos no puede compensar el desvalor de la acción: todo es reconducible a la existencia o no del elemento subjetivo de justificación, que, además, no se ve afectado "parcialmente" por la existencia de un "motivo" desvalorable. No se da, en tales casos, un elemento subjetivo de justificación parcial, es decir no total, como podría deducirse de una concepción englobante de tales "motivos" o "móviles", como partes, en el elemento subjetivo, sino que sus presen

cias o ausencias en nada se afectan. Esto permite extraer las mismas conclusiones si se trasciende el acotado espacio jurídico de los injustos típicos construidos específicamente en base a elementos subjetivos y se sitúa la problemática en el más general de la exclusión del injusto "aumentado" por determinados "motivos" ("móviles") o "fines" (29).

Retomando, de nuevo, el estado de la doctrina moderna sobre la conformación del elemento subjetivo de justificación, también STRATENWERTH parece mantener la reducción del mismo al momento intelectual, es decir, su conformación como actuación en conocimiento de la situación de justificación(30), al enfrentarse a la doctrina mayoritaria, representada en este caso por la síntesis de HIRSCH, que exige, además, una determinada dirección de la voluntad. Esta exigencia no es compartida por STRATENWERTH con carácter general, sino referida, al igual que LENCKNER, a algunos supuestos de justificación(31).

Las divergencias de STRATENWERTH con las expresiones mayoritarias no permiten, sin embargo, afirmar, como pretende JESCHECK, que aquél se encuentre entre los representantes, junto con LENCKNER,(32), de una eliminación de un

(29) Cfr. *infra* págs 424 y sigs.

(30) STRATENWERTH, AT, I, pág.149 (Rdn.482).

(31) En este caso se refiere STRATENWERTH al "derecho de corrección" (AT, I, pág.149 (Rdn.482)).

(32) Aunque tal y como recoge JESCHECK, en nota 24, pág. 263 del Lehrbuch, la opinión de LENCKNER es diferenciable, según se refiera el estudio a su libro "Der rechtfertigende Notstand", 1965, o a su colaboración en el "Schönke-Schroder StGB Kommentar", Vor parágrafo 32, 14.

momento volitivo en el elemento subjetivo de justificación, sino que éste adquiere una conformación especial en función, precisamente, de la del momento volitivo. En efecto, el conocimiento seguro de la circunstancia de justificación es suficiente, según STRATENWERTH, para la justificación porque ello hace imposible que el autor pueda dirigir al tiempo su voluntad a la realización del tipo del injusto. Igualmente, si confía, al menos, en la existencia de los presupuestos objetivos de la justificación, por tener por posible su presencia, tampoco podrá dirigir su voluntad a la realización del tipo del injusto(33). El paralelismo con respecto al dolo es, pues, manifiesto, y plenamente consecuente con su concepción de que los elementos subjetivos de justificación están condicionados por su función de excluir -en la realización del tipo doloso- el desvalor de la acción(34).

En consecuencia, y sin perjuicio de una mayor profundización en la compleja problemática desvelada por la concepción de STRATENWERTH, parece clara la incorrección del "enquadramiento" de este autor hecho por JESCHECK. De la misma manera entiendo que la oposición de STRATENWERTH a admitir una "determinada dirección de la voluntad" es, en consecuencia, más terminológica que real.

a.2.- Prosiguiendo, todavía, con el intento de clarificación conceptual sobre las opiniones en la dogmática penal moderna, especialmente en el ámbito del injusto personal, tampoco se presenta, a mi entender, como correcta, la pretensión de un sector doctrinal alemán, de

(33) STRATENWERTH, AT, I, pág. 150 (Rdn.485).

(34) STRATENWERTH, AT, I, pág. 149 (Rdn.484).

conformar el elemento subjetivo de justificación como elemento complejo, o doble, constituido por el conocimiento de la existencia de la situación justificante del hecho y por la de un fin de justificación, entendiendo ambos elementos o componentes como independientes, e, incluso, como en el caso de WELZEL, como elementos subjetivos diferenciables(35).

Así, también, JESCHECK considera que el autor "tiene que haber conocido la existencia de la situación justificante del hecho y haber actuado para el ejercicio de la autorización que se la concede con ello o para el cumplimiento del deber que se le impone"(36). Tal superposición de elementos ha sido acertadamente criticada por HIRSCH, aduciendo que tal "conocimiento" es relevante, precisamente, por constituir un presupuesto del momento final: "quien no tiene la representación de ser agredido, no tiene, tampoco, voluntad de defensa"(37). Con respecto a esta crítica, hay que diferenciar claramente dos aspectos. Por un lado parece clara la premisa de que en las formulaciones de WELZEL y de JESCHECK puede existir, también, una concepción del "conocimiento de la situación justificante" como presupuesto para el ejercicio de una finalidad. A pesar de esta afirmación, también contenida en la crítica de HIRSCH, dichas opiniones vendrían a manifestar que no es suficiente la existencia de dicho "presupuesto" para realizar el elemento subjetivo de justificación. Ello es perfectamente

(35) WELZEL, Lehrbuch, pág.84.

(36) JESCHECK, Lehrbuch, pág.263.

(37) HIRSCH, en LK, I, Vor parágrafo 31, 39.

coherente desde una perspectiva aislada de injusto personal. Desde la perspectiva, además, de la teoría de la acción final, sin embargo, es perfectamente comprensible la crítica de HIRSCH, por su impecable lógica interna: no se trata sólo de la existencia independiente de un "presupuesto" y una "finalidad", sino, mucho más, de que tal actuar en conocimiento de la situación justificante conlleva ya, en sí, el momento volitivo, la dirección de la voluntad. Esta lógica interna queda perfectamente expresada por BLANKE, discípulo de STRATENWERTH: "Si el autor "actúa" "en conocimiento", entonces la existencia de hecho de la voluntad de la acción (momento volitivo) no requiere ninguna prueba ulterior, ya que según el concepto final de acción sólo la actividad dirigida por la voluntad humana es denominado "actuar" y es relevante penalmente. En consecuencia el que "actúa" en conocimiento de una situación justificante, realiza el hecho, de forma conceptualmente necesaria, con la voluntad precisa de la acción(38). La fusión técnico-dog-

(38) BLANKE, ob.cit.pág.134. Para ello no obsta, dada la diferencia en que se ha establecido con respecto al motivo del actuar, el supuesto límite de "laboratorio" utilizado por este autor en su propia contra (nota21), y que se refiere a la persona a la que le es indiferente vivir y que "quisiera morir", que conoce la situación de legítima defensa en que se encuentra y mata al agresor, al que odia, quedando su "motivo de defensa" muy lejano, por tanto. Que la intención, en sentido de dirección de la voluntad hacia la defensa, existe a pesar de su "indiferencia" por la vida, y que esa intención está, además, vinculada al conocimiento de la situación de defensa, viene demostrado por el hecho de que su sentimiento de "odio" no le haya hecho actuar de forma relevante penalmente más que en la situación conocida de legítima defensa. Lo máximo que se demuestra es la concurrencia de motivaciones, e incluso de "fines subjetivos", con un motivo preponderante de carácter moral, lo que no desvirtúa en nada el elemento subjetivo general de la legítima defensa.(Cfr.CORDOBA RODA, en "Comentarios al Código penal",Tomo I,art.8, num.4, págs.248/249.

mática entre momento intelectual y volitivo obliga, desde una perspectiva finalista, a la configuración del elemento subjetivo de justificación como "conocimiento-voluntad de la acción"(39). En este sentido hay que entender, también, la opinión mayoritaria de que el simple conocimiento de los presupuestos objetivos de la justificación no es suficiente, sino que exige una dirección de la voluntad. Sin embargo esta expresión aparece como desafortunada después de lo dicho, aunque pueda resultar pedagógica: no es que no sea suficiente el simple conocimiento de la situación de justificación, sino que dicho conocimiento, enmarcado en un determinado contexto dogmático sobre la acción y el injusto, es, por norma general, absolutamente suficiente para incluir el momento volitivo.

Así, puede afirmar ZIELINSKI, discípulo de Armin KAUFMANN, que "en principio es suficiente actuar en conocimiento de los presupuestos típicos del precepto de autorización (Erlaubnissatz)"(40). En efecto, entendiendo la exclusión del injusto como la desaparición del indicio de antijuricidad, es decir la no confirmación de la misma y el injusto como un desvalor de acción (exclusivamente), resulta obvio que junto a la finalidad, valorada negativamente, de lesionar un bien jurídico, (en los delitos dolosos de resultado)

(39) Desde una argumentación meramente lógica la consecuencia tiene que ser idéntica, como demuestra también BLANKE (Ob.cit.pág.135): "el que conoce los presupuestos objetivos de la justificación sólo tiene dos posibilidades: o bien actúa, con lo que existe ya el segundo momento, o no actúa, en cuyo caso la justificación no es ni necesaria ni posible, porque, el "conocedor" no actuó".

(40) ZIELINSKI, ob.cit.pág.234.

se tiene que dar, como elemento subjetivo, una finalidad, valorada positivamente, de "defensa de bienes jurídicos", para que pueda hablarse de exclusión del injusto. El elemento subjetivo será, pues, esta "finalidad de defensa de bienes jurídicos" (Rechtsguterhaltende Finalität), según terminología de ZIELLINSKI, y tendrá naturaleza constitutiva para la exclusión del injusto(41).

Matizadas de esta forma las distintas opiniones doctrinales recientes, y especialmente las aparentes divergencias entre autores finalistas, resulta plenamente suscribible la síntesis implícita en la formulación de HIRSCH de que "el autor tiene que haber actuado para el ejercicio de la autorización que se le otorga, en base a la correspondiente situación de justificación, es decir para el fin de defensa, etc..."(42), sin que tenga que aparecer, por ahora, como contrapuesta a la ya recogida de ZIELLINSKI de que "es suficiente actuar en conocimiento de los presupuestos típicos del precepto de autorización".

En resumen, pues, el elemento subjetivo de justificación es conocimiento-volición de la justificación, es decir conocimiento de la situación de justificación y volición de la justificación o más propiamente, dirección de la acción hacia la causa de justificación.

(41) ZIELLINSKI, ob.cit.pág.233.

(42) HIRSCH, en LK. I, Vor§51, 39. A esta conclusión llegan, aunque por distintas vías y contenidos, todas las opiniones doctrinales recogidas anteriormente, y en general la doctrina dominante. La cuestión que se pretende matizar no es, tan siquiera, la inclusión o no del momento volitivo en el elemento subjetivo de justificación (en general) sino su fundamentación.

b).- Lo importante, a partir de aquí, es dirimir lo que podríamos denominar la "graduación" de ese conocimiento-volición, y el consiguiente establecimiento, si ello es posible, de un nivel apto para rellenar el elemento subjetivo de justificación; graduación y nivel que oscilarán entre su afirmación en cuanto que sea posible una apreciación positiva, jurídico-moral, de la voluntad en ese momento(43), simplemente, o bien sea preciso para su afirmación el conocimiento de todos los elementos objetivos de la justificación. Esta última postura, que HIRSCH concibe como producto de la combinación entre la teoría de los elementos negativos del tipo y del injusto personal(44) arranca de v. WEBER(45) y de SCHAFFSTEIN(46) y tiene sus seguidores actualmente, en cuanto a las conclusiones últimas exclusivamente en ZIELINSKI(47), y, de forma matizada y en algunos aspectos, en STRATENWERTH.

Lo realmente destacable en estas opiniones, por lo que tienen en común, es el paralelismo estricto que establecen entre la fundamentación del injusto y su exclusión(48) y,

(43) Así, MAURACH-ZIPF, AT, I, pág.370.

(44) En LK, I, Vor parágrafo 51, 38.

(45) Helmuth von WEBER, "Negative Tatbestandsmerkmale", en Festschrift für Mezger, 1954, pág.191.

(46) Friedrich SCHAFFSTEIN, "Putative Rechtfertigungsgründe und finale Handlungslehre", en MDR 1951, pág.196.

(47) Ob.cit.pág.267.

(48) STRATENWERTH, "Die Bedeutung der finalen Handlungslehre für das schweizerische Strafrecht", en SchwZStrR, tomo 81, pág.194; SCHAFFSTEIN, "Putative...", cit, págs. 197 y 199; ZIELINSKI, ob.cit.págs.222/223 (especialmente): "El valor del fin pretendido por la acción fundamenta el del desvalor de la acción. El desvalor de la acción, -sólo él- constituye el injusto; el valor de la acción -y sólo él- condiciona la exclusión del injusto".

muy concretamente en el ámbito del injusto doloso, entre el dolo en su vertiente positiva, y el elemento subjetivo de justificación, en la vertiente negativa del injusto, es decir en su exclusión. Es lo que HIRSCH denomina, refiriéndose a quienes mantienen esta teoría, el "elemento negativo del dolo excluyente del tipo" (*tatbestandsausschliessendes negatives Vorsatzelement*)(49), y que en STRATEN WERTH equivale a la consideración del elemento subjetivo de justificación como la "contrapartida del dolo" (*das Gegenstück zum Vorsatz*)(50) o, más ampliamente, aunque en la misma línea, "la contrapartida de los elementos del tipo subjetivo, cofundamentales del injusto(51). La consecuencia inmediata es que el dolo, en su ubicación sistemática en el tipo, quedará excluido si se da el elemento subjetivo de la justificación(52) lo que conduce a una independencia de la exclusión del injusto del hecho doloso con respecto a elementos objetivos, y en consecuencia a una subjetivización de la exclusión del injusto, tal y como denuncia, de nuevo, HIRSCH(53). Esta conclusión se extrae como

(49) En LK, I, Vor parágrafo 51, 38.

(50) AT, I, pág. 150 (Rdn.485); también en "Die Bedeutung ..." cit, pág.194: "los elementos subjetivos de justificación constituyen el contrapeso para ese desvalor de la acción. Excluyen la indicación del injusto existente en el tipo subjetivo, ante todo en el dolo".

(51) STRATENWERTH, "Entwicklungstendenzen der neueren deutschen Strafrechtsdogmatik", en Juristenjahrbuch, tomo II, 1961/1962, pág.202.

(52) En sentido crítico, JESCHECK, Lehrbuch, pág.374.

(53) En LK, I, Vor parágrafo 51, 38.

consecuencia de una concepción del tipo del injusto determinada, y con independencia, por ahora, de la opción y fundamentación de la "teoría limitada de la culpabilidad" en torno a la resolución de la problemática del error sobre los presupuestos objetivos de justificación. La coherencia de estas opiniones sólo puede mantenerse, sin embargo, si se excluye todo valor fundamentante o aumentante del injusto al desvalor del resultado, tal y como, radicalmente, ha señalado recientemente ZIELINSKI, ya que agotándose el injusto en el desvalor de la acción no es posible exigir "algo más" que el propio valor de la acción para su exclusión. Sin embargo desde la perspectiva ecléctica, y no siempre clara, de STRATENWERTH, en quien el resultado, o mejor dicho el desvalor del resultado, juega un papel cuanto menos aumentante del injusto (con independencia del desvalor de la acción) y de la culpabilidad⁽⁵⁴⁾, la caracterización hecha del elemento subjetivo de justificación como contrapartida del dolo, y las consecuencias inevitables que de ello se deducen, hacen que su concepción de las causas de justificación como compuestas de elementos objetivos y subjetivos, imprescindibles ambos para que se dé la exclusión del injusto⁽⁵⁵⁾ pueda aparecer como una mera declaración teórica, según critica que la ha dirigido Armin KAUFMANN⁽⁵⁶⁾.

Antes de entrar de lleno en la problemática de los efectos que, según una u otra configuración, produce el elemento subjetivo de justificación en la exclusión del injusto, es preciso matizar, todavía, las "excepciones" a la co

(54) Cfr. infra pág. 231/232

(55) STRATENWERTH, "Die Bedeutung..." cit. pág. 194.

(56) En "Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht",

racterización general del elemento subjetivo de justificación, de la suma de algunas conclusiones parciales.

c.- En efecto, ya cuando se analizaba la opinión de LENCKNER se apuntaba cómo también este autor entendía que, excepcionalmente, en algunos supuestos en los que "el fin para cuya consecución está permitida la lesión del bien jurídico no sea conseguible a través del hecho como tal, sino a través de anteriores acciones"(57), la justificación está condicionada no sólo al elemento subjetivo, en general, sino también a la existencia de una especial intención en el autor, que aparece confundida en muchos supuestos con el "motivo", "fin subjetivo", e, incluso, con la "dirección de la voluntad". Como ejemplos se utilizan, la intención especial de poner a disposición de la autoridad competente al detenido, y no intención de castigar mediante la privación de libertad; ánimo o intención de salvar un bien jurídico en el estado de necesidad, etc...(58).

Lo cierto es que la diferenciación de estas "intenciones" (Absicht) respecto de la conformación de la voluntad

..... en Festschrift für Welzel, pág.398. Interesa resaltar que la crítica de Armin KAUFMANN tiene un alcance mucho mayor, si se observa que va dirigida directamente contra la "teoría limitada de la culpabilidad"(Cfr. infra, págs. 396 y sigs.).

(57) En "Schönke-Schröder StGB Kommentar", Vor parágrafo 32, 16.

(58) Cfr. "Schönke-Schröder-LENCKNER, Vor parágrafo 32, 16. Con respecto al estado de necesidad el ejemplo utilizado por LENCKNER es el del médico al que le está permitida la infracción de las normas del tráfico para poder asistir a tiempo al herido. Ello presupone que con su actuar contrario al orden normal del tráfico persiga aquél fin.

que caracteriza, en general, al elemento subjetivo de justificación, supone un retroceso en la teoría sobre exclusión del injusto (incompatible, además, con una teoría del injusto personal que pretenda mantener una mínima coherencia) por situar, de nuevo, la problemática en la existencia en cada causa de justificación de un determinado elemento subjetivo, lo cual no tiene nada que ver con la pretensión de deducir de una determinada concepción del injusto, la forzosa presencia en toda causa de justificación de un elemento subjetivo caracterizable, por tanto, con validez general. El tema no es sencillo, aunque sí simplificable en algunos aspectos: en lo que al ejercicio del cargo se refiere se exige el elemento subjetivo de "actuar para cumplir con el deber que proviene del cargo" o bien "para ejercitar el cargo", o en palabras de CORDOBA, "que la conducta del agente esté inspirada en la finalidad de observar una obligación impuesta por el cargo"(59), por lo que no cabe independizar, en un supuesto de detención de una persona en el ejercicio del cargo, por ejemplo, la voluntad dirigida hacia la actuación en causa de justificación (elemento subjetivo, general, de justificación), de la "intención de poner a disposición de la autoridad competente al detenido" (elemento subjetivo especial de la justificación de la detención en el ejercicio del cargo). Muy por el contrario, hay que afirmar que la primera voluntad (es decir, el elemento subjetivo general de justificación) está conformada, en el caso concreto, por la segunda, no siendo esta última "intención" más que la "dirección de la voluntad" exigida, en el caso concreto, para

(59) CORDOBA RODA, Comentarios, cit, pág. 380.

la exclusión del injusto: ésta es, en consecuencia, la que "llena" el valor de la acción.

Ahora bien, la problemática puede adquirir una nueva dimensión, como ya se señaló anteriormente, si se amplía a aquella que se refiere, en sede de exclusión del injusto, a la "compensación" de los elementos subjetivos del mismo, distintos al dolo. Sólo aquí podría tener base la afirmación de un elemento subjetivo de justificación de contenido especial dada la también especial conformación del de valor de la acción a "compensar", aunque, como se vió, si bien puede mantenerse en correcta dogmática, resulta absolutamente intrascendente.

Llegados a este punto, la acumulación de problemas irresueltos hasta el momento, ante los que nos ha colocado es te discurrir por el contenido del elemento subjetivo de justificación, aconseja dar un paso más hacia su resolución, clarificando para ello, previamente, la relación entre el elemento subjetivo de justificación y los elementos fundamentantes del injusto.

III.- LA RELACION ENTRE EL ELEMENTO SUBJETIVO DE JUSTIFICACION Y LOS ELEMENTOS FUNDAMENTANTES DEL INJUSTO.

En efecto, sólo si se consigue una toma de postura al respecto será posible dilucidar la efectividad que tiene el elemento subjetivo en la exclusión del injusto. A sen su contrario se podrán deducir, también, los efectos que produce la inexistencia del mismo. Esto último es, por ra zones metodológicas, lo que nos va a ocupar en principio.

1.- Tradicionalmente se ha respondido a la cuestión, o bien asignándole un valor "concurrente" con el valor del resultado para la liquidación de la indicación del injusto producida por la realización del tipo (teoría de la congruencia), o bien un valor vinculado exclusivamente al tipo subjetivo, y, en consecuencia, al injusto indicado por su realización (teoría de la justificación separada), lo que equivaldría a afirmar, respectivamente, o bien la efectividad conjunta de ambos elementos para destruir el indicio de antijuricidad (congruencia) o bien la efectividad justificativa independiente de cada uno de ellos (justificación separada).

Así, MAURACH, uno de los más destacados representantes de la teoría de la congruencia, la sintetiza de la siguiente manera: "al elemento objetivo de justificación (al actuar realmente jurídico del autor a pesar de la realización del tipo) tiene que corresponder, como elemento subjetivo, la voluntad de actuar de forma socialmente valorada. La falta de uno de ambos elementos produce la incongruencia entre voluntad y resultado, y excluye la posibilidad de un juicio positivo sobre el hecho"(60). La conclusión apunta da no debe llevar, sin embargo, a la confusión de que la tesis de la congruencia de ambos elementos de la justificación sea una consecuencia ineludible de una "especial construcción de la estructura del delito", según pone de manifiesto BLANKE(61). Por eso también se han intentado mantener desde la Teoría de la congruencia, las conclusiones de la justificación separada, tal y como se observa, especial-

(60) MAURACH-ZIPF, AT, I, pág.370.

(61) Ob.cit.pág.154.

mente en ZIPF. Asimismo en el propio MAURACH es observable una vinculación (por otro lado inevitable desde la aceptación del injusto personal) del elemento subjetivo de la justificación al desvalor de la acción, a modo de especial referencia(62), lo que le coloca en un punto de partida si milar al de la justificación separada. Mucho más clara toavía resulta, al respecto, la opinión de NIESE, por lo demás partidario, también, de las tesis de la congruencia, cuando afirma que actúa antijurídicamente aquel que lo ha hecho objetivamente en una situación de legítima defensa, pero sin la "voluntad de defensa", es decir sin un elemento subjetivo de justificación que es la "contrapartida exacta de un elemento subjetivo del injusto"(63).

Porque, efectivamente, es evidente que la tesis de la justificación separada se sustancia en una paralelización absoluta entre elementos subjetivos de justificación y tipo subjetivo, y elementos objetivos de la misma y tipo objetivo. Este paralelismo encuentra su más acabada y consecuente expresión y construcción jurídica en la afirmación de un tipo positivo y otro negativo, por lo que no es de extrañar que ésta sea la tesis admitida por quienes aceptando el injusto personal defienden, además, una estructura dual del delito, por considerar las causas de justificación como elementos negativos del tipo.

(62) MAURACH-ZIPF, Af, I, pág.369.

(63) NIESE, "Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit", 1951, pág.17. En la página siguiente ejemplifica con la detención de alguien en evitación de su huida o para su identificación.

Lo cierto es que tanto una como otra teoría parten de la aceptación de una integración del resultado, o del de valor del mismo, en el injusto doloso, ya con valor constitutivo del mismo (teoría de la congruencia) en la que se deduce que si eso es así en la fundamentación del injusto, también habrá de serlo en la exclusión del mismo: el valor del resultado, en cuanto expresión de la existencia real de los presupuestos objetivos de la causa de justificación tiene valor constitutivo para la exclusión del injusto, ya aumentante del mismo (teoría de la justificación separada). La premisa de la que se parte no es, ni mucho menos, un tema resuelto en la teoría de la acción final ni en la del injusto personal, tal y como se viene demostrando especialmente en la dogmática que está desarrollando Armin KAUFMANN, e in extenso también y de forma radical, en la de Diethart ZIELINSKI.

Por ejemplo ZIPF expresa en la puesta al día de la Parte General de MAURACH, su pretensión de evitar las "posiciones extremas" (subjetivistas y objetivistas) reconociendo "el injusto de la acción y el del resultado como componentes del injusto, colocados uno junto al otro y de igual rango" (64). Para poder mantener la afirmación de que sólo ambas partes conjuntamente son capaces de mostrar el injusto completo del hecho, concediéndole valor constitutivo del injusto al resultado, o a su desvalor, por tanto, tiene que construirse un concepto del injusto en el que el desvalor del resultado sea un componente independiente del desvalor de la acción, frente a la concepción de la teoría

(64) MAURACH-ZIPF, AT, I, pág. 225.

del injusto en WELZEL, para quien "la lesión del bien jurídico (el desvalor del resultado) sólo tiene significación penal dentro de una acción personal-antijurídica (dentro del desvalor de la acción). El desvalor personal de la acción es el desvalor general de todos los delitos. El desvalor objetivo (el bien jurídico lesionado o puesto en peligro) es un momento dependiente en numerosos delitos (de resultado y de peligro)"(65). La razón de la "desviación" con respecto a WELZEL la encuentra ZIPF en las consecuencias de política criminal que habría que deducir de la infravaloración del resultado en el injusto; habría que sustituir, dice, los delitos de resultado por tipos de peligro y equiparar la tentativa con el hecho consumado(66).

(65) WELZEL. Lehrbuch, pág.62; también "El nuevo sistema del derecho penal", pág.68.

(66) MAURACH-ZIPF, AT, I, pág.226. Esta doble afirmación me parece precipitada. En efecto, habría que matizar en el sentido de que lo que podría resultar forzosamente equiparable serían los injustos de la tentativa acabada y del delito consumado (cfr. Armin KAUFMANN, "Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht", cit. pág.403; en el mismo sentido ZIELINSKI, ob.cit.pág.128 y sigs. (esp. pág.144). En el plano del injusto, una vez admitida la irrelevancia del desvalor del resultado para el mismo, la línea divisoria cualitativa se establecerá entre la tentativa acabada y la inacabada, siendo en este último supuesto forzosa la atenuación de la pena (cfr. Armin KAUFMANN, ob.cit.pág.404; también, anteriormente, en "Die Dogmatik im Alternativ-Entwurf", en ZStW 1968 (tomo 80) pág.51/52. Por lo demás la afirmación de un injusto igual no implica, incondicionalmente, la de la misma pena (cfr. ZIELINSKI, ob.cit.pág. 131, 204 y sigs. y 213 y sigs.; en el mismo sentido, también, Armin KAUFMANN, "Die Dogmatik..." cit. pág. 51/52.

2.- Lo cierto, sin embargo, es que de las anteriores palabras de WELZEL, que constituyen un auténtico eje de la teoría finalista del injusto, se deduce como forzosa la conclusión de que el desvalor del resultado no puede fundamentatar el injusto: cuanto más puede aumentarlo, pero esta función aumentante del injusto nada tiene que ver, en pura coherencia finalista, insisto, con la atribución al desvalor del resultado de una función independiente del desvalor de la acción (lo cual equivale a otorgarle auténtica capacidad co-constituyente del injusto). Por eso parece plenamente consecuente buscar la capacidad de incremento del injusto por parte del desvalor del resultado, "o bien a través del aumento del desvalor de la acción constitutivo del injusto, o bien mediante una función propia junto al desvalor de la acción, pero nunca independiente de él", según afortunada sistematización de ZIELINSKI(67). Sin embargo, el mantenimiento de esta doble posibilidad o alternativa se demuestra, pronto, simplificable a la segunda, si se parte de que el criterio del bien jurídico lesionado o puegto en peligro es utilizado y utilizable, en este contexto, sólo como objeto de referencia del desvalor de la acción, es decir, como resultado pretendido desvalorado. Sólo así puede afirmarse la existencia significativa del desvalor del resultado dentro del desvalor de la acción.

En este contexto, pues, en el que el desvalor del resultado no se identifica, por tanto, con el resultado efectivo, si lo que se pretende es concederle al desvalor del resultado una capacidad aumentante del injusto, sólo cabrá ha-

(67) Ob.cit.pág.128.

cerlo introduciendo criterios de "gradación" del propio desvalor del acto, según su relación con el desvalor objetivo, hasta conseguir afirmar acciones finales con contenidos de desvalor (injustos) más o menos graves, sin conceder, por ello, eficacia constitutiva al resultado o su desvalor. Esto supone, evidentemente, un intento de conformar el injusto personal en función de una especial referencia de la acción al resultado superpuesta, pero no confundida, con la finalidad(68): el desvalor del resultado cumplirá su función aumentante del injusto colocándose junto al desvalor de la acción, pero no independiente de él, tal como se dijo anteriormente (2ª alternativa). Si esta teoría se pudiese fundamentar se podría mantener, también, la pretensión de introducir el desvalor del resultado en el injusto, como aumentante del mismo por conformar un especial desvalor.

Para esto se ha intentado, recientemente, recurrir a los conceptos de "capacidad de resultado" (Erfolgsfähigkeit) y "poder de resultado" (Erfolgsmächtigkeit) de la finalidad(69). En terminología de ZIELINSKI la primera categoría designaría la "aptitud de una acción para realizar el resultado pretendido, cognoscible ex ante para un observador objetivo"(70). Se trata, pues, de una prognosis ex ante que no implica que el resultado se realice efectiva-

(68) Cfr. infra págs. 235 y sigs.

(69) En sentido crítico frente a esta pretensión doctrinal. Cfr. ZIELINSKI, ob.cit.pág.129 y sigs.

(70) Ob.cit.pág.312; In extenso, cfr. págs.130 y sigs.

mente, de la misma manera que puede haber acciones "incapaces de resultado" y que, sin embargo, conduzcan al mismo. El "poder de resultado" de la finalidad designa, por el contrario, "la objetiva aptitud, ex ante, de una acción para realizar el resultado pretendido"(71), y conduce siempre al resultado (ex post). La primera, en cuanto que apreciación según criterios de experiencia, probabilidad, etc. sobre el proyecto de acción en el momento de la realización de la decisión, no tiene nada que ver con el resultado real: en la "tentativa acabada" de los alemanes existe una finalidad "sin poder de resultado" (objetivamente) aunque existe una clara "capacidad de resultado" de la finalidad.

Pues bien, en este contexto manifiesta ZIELINSKI, siguiendo los pasos de esta construcción jurídica, utilizada por él como hipótesis de trabajo, que "el poder de resultado de la acción constatado ex post, con motivo de haber sobrevenido el resultado, no autoriza a ninguna conclusión referida a un desvalor aumentado del acto, sino que tendría, en todo caso, una función indiciaria de un desvalor aumentado del acto; todavía tendría que demostrarse si, realmente, al desvalor del resultado subyace un desvalor mayor del acto. Esa prueba podría producirse, generalmente, si la acción con poder de resultado ex post, era calificable ya ex ante como "capaz de resultado"(72). Es decir, ni el resultado realmente dado se identifica con el desvalor del resultado, en sede del injusto, ni puede ser el baremo para medir la "capacidad de resultado" de la acción. De esta

(71) Ob.cit.pág.312; In extenso, ofr. págs.129 y sigs.

(72) Ob.cit.pág.130.

forma este concepto superpuesto a la finalidad, en cuanto "capacidad de resultado de la finalidad" sería el desvalor del resultado capaz de aumentar el desvalor del acto de la finalidad(73).

Ahora bien, este planteamiento es sometido a crítica por el propio ZIELINSKI, que mantiene que esa "capacidad de resultado" no es independizable del desvalor de la finalidad, o, dicho de otro modo, que ya ha sido tomada en cuenta para desvalorar la finalidad, y no como algo añadido a ella, sino dentro de su propia esencia desvalorizable y desvalorada en concreto. Es decir, forma parte del desvalor de la acción basado en la finalidad. En este sentido puede entenderse la opinión de KRÜPELMANN, cuando afirma que en los delitos dolosos "el desvalor del resultado es comprendido por el dolo; la proporción del desvalor del resultado cambia el desvalor del acto"(74). En él se apoya, también, ZIELINSKI, quien piensa que el hecho de que el desvalor del resultado aumente el desvalor de la acción no tiene nada que ver con que aquél se "añada" a éste, si no que si ello es así, es porque desde el principio está contenido en la finalidad: "la capacidad de resultado de la finalidad como tal no es apta, en consecuencia, para aumentar mediante un desvalor del resultado, el injusto fundamentado por el desvalor de la acción"(75). Por eso se

(73) ZIELINSKI, ob.cit.pág.131. En esta argumentación se encuentra también contenido un principio de diferenciación del injusto de la tentativa acabada con respecto a la inacabada, la equiparación del injusto de la primera con el delito consumado, y, por otro lado, la fundamentación de la punibilidad de la tentativa imposible al margen del criterio de WELZEL de la "energía delictiva del autor"(Lehrbuch,páa.193).

(74) Justus KRÜPELMANN,"Bagatelldelikte",1966,pág.100.

(75) ZIELINSKI, ob.cit.pág.134.

decía antes que el intento de conceder valor aumentante del injusto al desvalor del resultado, quedaba reducido a una única posibilidad: considerar el desvalor del resultado con función propia junto al desvalor de la acción pero no independiente de él. Es decir que la "capacidad (objetiva) de resultado" sólo podría conseguir su función aumentante del injusto incrementándolo directamente, mediante el desvalor del resultado, y no aumentando el desvalor de la acción(76). Este planteamiento sí sería capaz de establecer la diferencia de injusto entre el delito consumado y la tentativa (acabada), ya que podría hablarse de acciones típicas de tentativa y de acciones típicas de consumado, en tanto que, tal y como expone ZIELINSKI (criticándolo, sin embargo) habría injusto resultante de un sólo juicio de valor sobre la finalidad como tal (tentativa), que respondería a acciones (objetivamente) no capaces de resultado, y también injusto que respondería a un doble juicio de valor, uno sobre la finalidad como tal, y otro sobre la finalidad en tanto que es (objetivamente) capaz de resultado (consumado)(77).

Esta última formulación hipotética de ZIELINSKI, altera, sin embargo la coherencia que hasta ahora podía mantenerse en el terreno argumental escogido, ya que traslada la capacidad (objetiva) de resultado al injusto del delito consumado, en lugar de mantenerla, como sería lo coherente, en el del intentado. Hay que resaltar, además, que una ventaja importante que se deducía de las argumentaciones

(76) ZIELINSKI, ob.cit.pág.135.

(77) Ob.cit.págs.135/136.

hipotéticas anteriores es que podían aplicarse, también, a una concepción objetiva, o predominante objetiva, de la tentativa, ya que la "capacidad de resultado" afirmable en la tentativa acabada por ejemplo, no tenía por qué definirse subjetivamente sino que de forma clara se definía en referencia a una peligrosidad para el bien jurídico según criterios de experiencia, etc. Dicho de otro modo, el desvalor de la finalidad en la tentativa acabada (no imposible) es, precisamente, el desvalor de la finalidad con capacidad de resultado.

En efecto, aceptado el planteamiento recogido por el propio ZIELINSKI de que la capacidad de resultado no es in dependizable de la finalidad, con lo que el desvalor de resultado no puede "añadirse" al desvalor de la acción, sino que ya ha sido tenido en cuenta, precisamente para establecer el injusto, aceptado ello, decía, resulta imposible hacerlo compatible con la ulterior afirmación que conformaría el injusto en la tentativa como producto de un sólo juicio de valor sobre la finalidad como tal (?) que respondería a acciones (objetivamente) no capaces de resultado: éste sería el caso, exclusivamente, de la tentativa inacabada y de la imposible, con lo que entraríamos en un terreno distinto y mucho más acotado.

Igualmente coherente resulta este planteamiento, si se recuerda que todo él gira en torno a la "capacidad de resultado" y al "poder de resultado", y tiene por objeto intentar determinar la posible función aumentante del injusto del resultado o de su desvalor. En este contexto afirmaba ZIELINSKI también, y así se ha recogido anteriormente, que la existencia de un desvalor aumentado del acto debido

al desvalor del resultado sólo podía demostrarse, no por el mero acaecimiento del resultado que constataría ex post un determinado "poder de resultado" de la acción final, sino por la constatación de que la acción con "poder de resultado" era calificable ya "ex ante" como "capaz de resultado". Es decir que el injusto del delito consumado se conformaría, en todo caso, como producto de un doble juicio de valor sobre la acción final: uno sobre la capacidad de resultado de la finalidad y otro sobre su "poder de resultado" (constatado ex post, con el acaecimiento del mismo, pero afirmable objetivamente ex ante). Como se vé este doble juicio de valor es distinto al utilizado por ZIELINSKI, que se cifraba en uno primero sobre la finalidad como tal, y en otro segundo sobre la capacidad (objetiva) de resultado.

La consecuencia inmediata de estas reconducciones de los argumentos utilizados en la moderna dogmática del injusto personal sobre la "capacidad de resultado" y el "poder de resultado" hacia su coherencia interna, es que, efectivamente, frente a la opinión de ZIELINSKI, el desvalor del resultado puede adquirir un valor aumentante del injusto aunque no independiente del desvalor de la acción.

Apuntado, brevemente, lo que ulteriormente se concretará como tesis alternativa(78), importa destacar que frente a cualquier pretensión diferenciadora de los juicios de valor sobre la finalidad, y en consecuencia de los injustos del delito consumado y del intentado, se ha levantado en determinados sectores de la teoría del injusto personal,

(78) Cfr. infra págs. 235 y sigs.

la forzosa identificación entre el objeto de la norma de determinación y el de la norma de valoración. Así, Armin KAUFMANN manifiesta, apoyándose además tanto en BINDING como en WELZEL, que "el objeto de la norma es idéntico al de un juicio de valor correspondiente"(79). Según esto no es mantenible que en tanto que la norma de determinación sólo puede tener por objeto, la conducta (acción final) en cuanto norma de prohibición de la misma, la norma de valoración, sin embargo, podría tener por objeto, también, el resultado. Para quienes mantienen, sin embargo, esta diferenciación la norma de determinación, no puede prohibir, resultados, según el conocido postulado finalista. Por ello estas normas constituirán el terreno, por excelencia, de determinación del desvalor de la acción, que sería el desvalor exclusivamente conformante de la norma de determinación. En sede de la norma de determinación no habría, pues, posibilidad de diferenciar las contravenciones a la misma que constituyen el injusto de una tentativa (acabada) con respecto a aquellas que constituyen el del delito consumado. Ahora bien, la norma de valoración, presupuesta lógicamente en la determinación, (en la medida en que éstas son normas de valoración concebidas imperativamente(80) puede comprender, en su plena contravención, la totalidad de los elementos que pueden ser objeto de su valoración, es decir los subjetivos y los objetivos. Es aquí, dice STRATENWERTH, donde se ha de establecer la diferencia "valorativa" del delito consumado, ya que la norma de valoración es susceptible de comprenderlo "en la totalidad de los elementos fundamentantes (?) del injusto, incluso en su parte objeti

(79) "Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie", 1954, pág.75.

(80) STRATENWERTH, "Handlungs- und Erfolgsunwert..." cit. pág.248.

va, y, por tanto, con inclusión del resultado en los delitos de lesión"(81).

De aceptarse esta concepción "diferenciadora" no cabe duda de que la cuestión de la función del resultado en el injusto doloso no tendría que moverse en los forzados términos a que nos referíamos anteriormente. La cuestión, ahora, sería de pura opción ante una sencilla alternativa, ya que también es posible admitir el planteamiento diferenciador anterior y considerar, al tiempo, que el injusto está fundamentado, exclusivamente, en la contravención de las normas de determinación, ya que sólo estas son normas de conducta. Ejercitando la opción en este sentido se llegaría, pues, a las mismas conclusiones a que llega la concepción finalista estricta de Armin KAUFMANN, y de su discípulo ZIELINSKI, aunque en estos sea producto de una concepción distinta de la norma de valoración (que en ZIELINSKI se denomina "juicio de valor secundario"(82), ya que la aceptación de un injusto definido exclusivamente por la norma de determinación resulta difícilmente conciliable con una concepción restrictiva del derecho penal.

Sin embargo, todo este replanteamiento de la relación entre norma de determinación y norma de valoración en el que se ha seguido fundamentalmente a STRATENWERTH, no resulta fácilmente conciliable con los presupuestos del injusto

(81) STRATENWERTH, "Handlungs..." cit, pág. 248. En este sentido afirma que la norma de determinación, además de imperativizar la de valoración, la subjetiviza también (ob.cit. pág. 249).

(82) Ob.cit. pág. 127: "injusto penal es la realización del objeto de un juicio de valor secundario, es decir sólo acciones finales son injusto".

to personal, si se tiene en cuenta que la ya conocida inclusión del desvalor del resultado en el desvalor de la acción no es, ni mucho menos, "caprichosa", sino que responde a la profunda conexión referencial del "valor del acto" (Aktwert) y el "valor objetivo" (Sachverhaltswert) (83), es decir el resultado hacia el que se dirige el acto. De tal manera que la acción resultará desvalorada o valorada, en función precisamente, del desvalor o valor objetivo a cuya realización se refiera(84), de forma que el "valor del acto" no depende del resultado sino de la dirección de la voluntad, y en este sentido cabe decir que el desvalor de la acción lo es en tanto que se pretende un desvalor objetivo, con lo que no es más que el "desvalor de la intención".(Intentionsunwert)(85).

Retomando de nuevo la argumentación de STRATENVERTH sobre la norma de valoración, su interpretación de la misma aparece, tras lo dicho, carente de fundamentación puesto que la norma de valoración, que tendrá expresión imperativa ulterior en una norma de determinación, no puede tener por objeto más que lo que puede valorar jurídico-penalmente, es decir, el "acto" en cuanto "intención", es decir acciones finales. Resulta, pues, perfectamente coherente con los presupuestos finalistas expuestos, concluir

(83) Traduzco el término alemán "Sachverhaltsunwert- wert" por "desvalor objetivo o valor objetivo. En nuestra doctrina CEREZO utiliza el término en la acepción estricta de WELZEL de "desvalor" o del valor resultado" para el que los alemanes tienen, además, el de "Erfolgsunwert- wert". La opción se justifica por la variedad de contenidos con que la doctrina ha rellenado el concepto inicialmente ético-jurídico de desvalor objetivo.

(84) Hans-Joachim RUDOLPHI, "Inhalt und Funktion..."cit, pág.55.

(85) RUDOLPHI, "Inhalt und Funktion..."cit.

con la identificación entre el objeto de la norma de determinación y el de la valoración, tal como se vió en Armin KAUFMANN, o con la afirmación de ZIELINSKI de que "injusto penal es la realización del objeto de un juicio de valor secundario"(86), es decir, del de una norma de valoración.

Llegados a este punto urge salir del "callejón" al que, al parecer irremediablemente, conduce una dogmática que no puede considerarse, sin embargo, incorrecta, pero que en sus resultados aparece (aparentemente) divorciada de la propia realidad penal normativa que impone la relevancia del resultado real. A mi entender esta realidad jurídica no tiene por qué encontrarse, sin embargo, en contradicción con la concepción del injusto personal. En efecto, la afirmación de que las normas penales sólo pueden prohibir u ordenar acciones humanas finales, conductas y no resultados, conlleva, obviamente, tal y como resalta y admite significativamente RUDOLPHI, que "el injusto de cualquier contravención a la norma está situado en el desvalor de la acción, es decir en la pretensión de un desvalor objetivo combatido por la norma"(87).

..... págs.55 y 65. Por lo demás, la vinculación esencial entre valores o desvalores, más que demostrar el "paralelismo" entre tipo subjetivo y elemento subjetivo, y tipo objetivo y elemento objetivo de justificación, para la exclusión del injusto, tal y como pretende BLANKE (ob.cit. pág.137), o la "congruencia" entre el valor de la acción y el del resultado para que intervenga una causa de justificación, es confirmatoria, simplemente, de la inevitable inclusión del desvalor del resultado en el de la acción como elemento dependiente (cfr. WILHELM, Lehrbuch, pág.62).

(86) Ob.cit.pág.127.

(87) RUDOLPHI, "Inhalt und Funktion..." cit.pág. 70.

Esto produce que el legislador sólo pueda amenazar con una pena aquellas conductas que manifiesten un desvalor personal de la acción(88), pero no quiere decir que, una vez cumplido el presupuesto anterior, no pueda exigir algo más, en determinados casos, para la declaración de ese injusto como relevante penalmente. Este "algo más" es, lógicamente, un desvalor del resultado en el sentido tradicional. La razón de ello no es otra que la colocación de la problemática bajo la óptica de la protección de bienes jurídicos, como misión del derecho penal, desde la cual es posible afirmar que la penalización de un determinado desvalor de la acción (cuya existencia no se discute ahora) no es siempre obligada ya que ^{no} puede representar ningún peligro para bienes jurídicos(89).

En este mismo sentido se pronunció recientemente STRATENWERTH, cuando manifiesta que "es correcto afirmar que no se puede prohibir u ordenar la realización o no del resultado, sino sólo acciones," para concluir que ello no quiere decir, sin embargo, "que el autor no tiene nada que ver con el resultado si éste se produce"(90), y también, con anterioridad, KRAUSS, quien se rinde ante la evidencia de la trascendencia constitutiva del resultado en el derecho

(88) KRAUSS, "Erfolgsunwert..." cit. pág. 66; "no hay ningún tipo de injusto que consista, exclusivamente en la causación de un resultado"; RUDOLPHI, "Inhalt und Funktion..." cit. pág. 70; STRATENWERTH "Zur Relevanz der Erfolgsunwertes im Strafrecht", en Festschrift für Schaffstein, 1975, pág. 180; "...no puede darse ningún injusto penal sin desvalor de la acción, pero sí es posible sin desvalor del resultado".

(89) RUDOLPHI, "Inhalt und Funktion..." cit. pág. 70.

(90) STRATENWERTH, "Zur Relevanz..." cit. pág. 183.

positivo(91).

Desde mi punto de vista estos intentos doctrinales son, sin embargo, tímidos, en cuanto que no hacen más que constatar una realidad jurídica evidente, sin conseguir dar una fundamentación dogmática que permita declarar, desde el injusto personal, la eficacia constitutiva o aumentante del injusto del desvalor del resultado, ya que de los planteamientos anteriores, que en principio se aceptan como válidos, también puede deducirse la función "delimitadora" del interés penal que cumple el resultado real: éste produciría la selección entre injustos plenamente fundamentados por el desvalor de la acción. Por otro lado, tampoco parece ofrecer demasiadas garantías el intento, recientemente revitalizado por STRATENWERTH, de demostrar la eficacia del resultado en el injusto a través de demostrar su eficacia para la culpabilidad(92). Siguiendo a Armin KAUFMANN habría que decir con él al respecto, que "la carga de la prueba científica de que existe mayor culpabilidad en caso de consumación, corresponde al que lo mantenga, y no al contrario"(93). En efecto, por mi parte tampoco acierte

(91) "Erfolgsunwert..."cit.págs.62/63 y 65: "el concepto del injusto no está sometido a la "naturalidad de las cosas" (aquí alude y critica a STRATENWERTH, "Das Rechtstheoretische Problem der "Natur der Sache", 1957), sino a la posiblemente imperfecta Ley",

(92) STRATENWERTH, "Zur Relevanz..."cit.pág.184. Su argumentación implica un concepto de la culpabilidad referido al hecho como globalidad, comprensiva de la realización anti-jurídica misma, y en el que la gravedad de la culpabilidad también dependería de la "dimensión o grado del perjuicio o daño en los bienes" ocasionado reprochablemente a alguien. Cfr. anteriormente, in extenso, "Die facultative Strafmilderung beim Versuch", en Festgabe zum Schweizerischen Juristentag, 1963, págs.247 y sigs.

(93) Armin KAUFMANN, "Die Dogmatik..." cit.pág.51.

a comprender, siguiendo de nuevo a Armin KAUFMANN, dónde se encuentra la diferencia, en cuanto a contenido de la culpabilidad, "entre que el disparo realizado impacte en la víctima o sólo le pase rozando"(94).

En consecuencia con todo lo anterior, cabe decir que la afirmación hecha anteriormente de que la identificación (forzosa dogmáticamente en la teoría del injusto personal) entre el objeto de la norma de determinación y el de la norma de valoración, (es decir la reducción del injusto al de valor de la acción) no es necesariamente incompatible con

(94) Armin KAUFMANN, "Die Dogmatik..." cit.pág.50/51. De de el plano de la determinación de la pena se ha ocupado con detenimiento del tema Heinz ZIPF ("Die Starfmassrevisión", 1969, especialmente en págs. 83 y sigs.), para concluir que el concepto de culpabilidad es comprensivo del resultado concreto acaecido. Su pretendida limitación al terreno de la determinación de la pena, no impide para que la argumentación sea extensible al concepto mismo de la culpabilidad, como se demuestra por su apoyo en la fundamentación teórica al respecto de STRATENWERTH. En la base de la argumentación de ZIPF está la posibilidad de que un resultado sea imputable por su previsibilidad objetiva: cualquiera de los resultados que puedan sobrevenir de los previsibles como consecuencia de un hecho doloso o imprudente es imputable al autor, aunque el que sobrevenga en concreto pueda ser un "accidente" para el "autor". Al ser ello así, dice ZIPF, no se trata de que algo meramente accidental se compatibilice e influya en la culpabilidad, sino, por el contrario, de que tal "accidente" no lo es a efectos de culpabilidad: el resultado está vinculado a la culpabilidad en la medida en que cualquiera de ellos podría preverse, y en este sentido no se puede hablar que su acaecimiento sea "accidental".

Aún pareciéndome válida, en algunos aspectos, (cfr. in fra págs. 236 y sigs.) la relativización conseguida en este planteamiento en cuanto al carácter accidental del resultado en derecho penal, la confusión de planos dogmáticos me sigue pareciendo insostenible. La afirmación de la existencia de culpabilidad en tales casos no implica su gradación en función del resultado concreto acaecido, grado.....

la realidad jurídico-penal positiva, que condado una evidente significación al resultado a la hora de establecer sus concretas conminaciones penales, puede fundamentarse en la no necesaria (aunque sí posible(95) equiparación de la pena del delito consumado con la del intentado, a pesar de afirmar la identidad (en lo esencial) de ambos injustos(96). Esto es perfectamente argumentable sin tener que renunciar a la coherencia dentro de la concepción de injusto personal, ya que no se desconoce que el derecho penal cumple una función protectora de bienes jurídicos, mediante la conminación penal, con independencia, en muchos casos, de la concreta y efectiva constatación del grado del injusto y de la culpabilidad. En efecto, por un lado, existen auténticos presupuestos para la punibilidad de una acción, a pesar de la constatación efectiva del injusto y de la culpabilidad. Por otro lado nada impide afirmar la absoluta libertad del legislador penal para reservarse mayor cantidad de pena para el caso de que se produzca el resultado, frente a los supuestos en que esto no ocurra, con el simple argumento de que la necesidad concreta de activar la represión penal en un determinado grado(97), para cumplir con su función protectora de bienes jurídicos, es mayor en el primer caso que en el segundo. Si se ha negado la natu

..... simplemente, la no incompatibilidad de la atribución de una determinada función respecto al injusto al del valor del resultado, con el principio de la culpabilidad para la imposición de las penas.

(95) Cfr. parágrafo 23 StGB alemán. Distinto, arts. 51 y 52, I, C.P. español vigente.

(96) Cfr. p.ej. ZIELINSKI, ob.cit.págs.131,204 y sigs. y 213 y sigs.

(97) Cfr. ZIELINSKI, ob.cit.pág.266.

raleza de condicionamiento ontológico del concepto de acción final para el legislador penal(98) y se insiste en un concepto normativo; si, también, es posible afirmar que el concepto de injusto tampoco tiene por qué estar sometido a la "naturaleza de las cosas"(99), no se vé por qué no se ha de poder afirmar, igualmente, la no necesaria equiparación en la pena entre un delito consumado y el intentado (tentativa acabada, especialmente) a pesar de participar ambos, en una determinada "parcela", de un mismo juicio de desvalor sobre la acción, y, en este sentido, en consecuencia, de un mismo injusto; el "resultado" podría ser, pues, en derecho penal un relativo "accidente", pero a la vez un concreto criterio seleccionado por el legislador como posible incrementante objetivo de la cantidad de pena en los delitos dolosos de resultado y claramente selectivo del interés penal en los imprudentes. Por lo demás la selección de este criterio forma parte de la libertad del legislador penal para escoger medios y criterios para ejercer su función de protección de bienes jurídicos.

Pero esta caracterización de la significación del resultado en derecho penal, aunque válida en cuanto crítica frente a la opinión que se rinde, sin más, ante la evidencia de la relevancia del resultado en el derecho penal positivo, trasladando tal constatación a una teorización sobre el injusto, resulta, sin embargo, insuficiente. No hay más salida, a mi entender, que partir de que el desvalor

(98) Cfr. especialmente, ROXIN, Contribución a la crítica de la teoría final de la acción", en "Problemas básicos del derecho penal, 1976, págs.84 y sigs.

(99) KRAUSS, "Erfolgsunwert..." cit.pág.65.

del resultado tiene un valor aumentante del injusto en los delitos dolosos de resultado, sin que ello conlleve su carácter constitutivo del mismo. En efecto, desde mi punto de vista, existen acciones típicas de tentativa y acciones típicas de consumado, que participan en su esencia de un mismo injusto, en cuanto que responden a un mismo juicio de desvalor sobre la finalidad, es decir a un mismo desvalor del acto, como desvalor de la intención por dirigirse a un desvalor objetivo. El injusto típico del delito doloso consumado, sin embargo, constaría, además, de un segundo juicio de desvalor sobre la finalidad en cuanto que esta era "capaz de resultado" y además tenía "poder de resultado", como se demuestra por el hecho de haberse producido éste realmente. Dicho de otra forma, el juicio de desvalor que se emite sobre la finalidad con "poder de resultado" (consumado), está super-puesto, al que se emite sobre la finalidad que es simplemente "capaz de resultado" (tentativa acabada), y debe de ser distinto, también, al que se emita sobre la finalidad que tampoco es "capaz de resultado" (tentativa inacabada y tentativa imposible(100)).

No se trata, por tanto, de que el resultado en cuanto acaecimiento real sea el que aumenta el injusto, sino el desvalor del resultado indicado por el resultado, en cuanto que por haberse producido o no, o por no poder ser tan siquiera producible, demuestra una finalidad especialmente desvalorable por la mayor o menor peligrosidad para el bien jurídico(101). Pero repárese en que, en todo caso,

(100) Cfr. supra págs. 224 y sigs.

(101) En relación a la tentativa imposible WELZEL utiliza el criterio de la "energía delictiva" (Lehrbuch, pág. 193) que hay que diferenciar del aquí utilizado dado que éste encierra una indiscutible aptitud de conformación objetiva, sin que, por tanto, pueda confundirse con el anterior.

se trata de desvalores de la finalidad, y en este sentido de desvalores del acto, únicos que tienen carácter constitutivo del injusto. Repárese, también, que esto no significa que el desvalor del resultado aumente el injusto mediante el incremento desvalorativo, ab initio, del desvalor de la acción; el desvalor del resultado, por el contrario, aumenta directamente el injusto, que está ya constituido (exclusivamente) por el desvalor del acto, en cuanto desvalor de la pretensión. Es decir, en sentido estricto, existe en el injusto doloso del delito consumado (de resultado) un básico juicio de desvalor sobre la finalidad (idéntico en la tentativa), y un juicio de desvalor sobre el "poder de resultado de la finalidad" (exclusivo del delito consumado); este segundo juicio de desvalor sólo puede ser emisible tras la constatación del resultado como acaecimiento físico, es decir, está afectado por la naturaleza relativamente accidental del acaecimiento. En esta relatividad se encuentra, precisamente, la base para la conversión del resultado en desvalor (es decir en desvalor del resultado en cuanto que desvalor de la finalidad con capacidad y poder de resultado).

En efecto, sólo si se entiende el resultado real como mero accidente, puede afirmarse la absoluta irrelevancia del mismo para el injusto, además de hacerlo incompatible con el principio de la culpabilidad(102). La relatividad de su carácter accidental permite, sin embargo, su vinculación a la acción final, y a través de la acción al injusto. En este orden de cosas interesa, también, resaltar la

(102) Cfr. por todos ZIELINSKI, ob.cit.págs.145 y sigs.

aptitud de este planteamiento para su aplicación al injusto imprudente, en el que el resultado también es relativamente accidental; en el mismo supuesto utilizado entre otros por ZIPF(103), del conductor de automóvil que se "salta" un semáforo en rojo en un cruce sin visibilidad para él, o con muy poca, sólo resta como accidental cuál de los resultados típicos previsibles acaecerá, e incluso el que "no pase nada". Este aspecto del resultado y de su acaecimiento en cuanto problema de "accidente" no puede negarse, tal y como reconoce el propio ZIPF, (aunque este autor reconvierte la situación para sustanciarla en una cuestión de culpabilidad comprensiva del resultado acaecido(104), pero sí puede relativizarse, ya que lo máximo que puede afirmarse es que existen para el conductor tantas posibilidades de que ocurra un resultado, como otro, o ninguno. Ahora bien, si existen posibilidades de que sobrevenga un resultado típico, el carácter accidental del mismo es sólo relativo, puesto que al menos ese tanto por ciento de posibilidades genera un porcentaje de seguridad en la producción del mismo provocado por la acción imprudente(105).

Aplicando , pues, al injusto imprudente lo aquí mantenido sobre la naturaleza y función del desvalor del resul

(103) In extenso, en "Die Strafmassrevision", cit. págs. 83 y sigs. Recogido resumidamente en "Maurach-Zipf, AT, I, pág. 226.

(104) Cfr. supra pág. 232 nota 94.

(105) Desde el punto de vista es este variable porcentaje de seguridad en la producción de un resultado el que fundamenta la distinta cantidad de pena, en el C.P. español, para la imprudencia temeraria.

tado en el injusto doloso de resultado hay que concluir que en el injusto imprudente también se exige, ineludiblemente a diferencia del doloso, un desvalor del resultado construido sobre un resultado real acaecido demostrativo del poder de resultado de la finalidad, es decir de la voluntad de infracción del deber de cuidado. La diferencia con respecto al injusto doloso, al respecto, es que el juicio de desvalor inicial sobre el acto se establece aquí, precisamente, sobre esa voluntad de infracción de la norma de cuidado, y no sobre la pretensión de un resultado típico por lo que el grado del desvalor del acto es inferior (además de distinto) al del doloso. Ello conduce, directamente, a la desvinculación respecto a un determinado resultado típico de los juicios de desvalor en el injusto imprudente, y a su vinculación, por el contrario, también directa, respecto a la generalidad de los resultados típicos que "previsiblemente" pueden deducirse de la precitada conducta, es decir la vinculación al peligro para los bienes jurídicos desvalorado socialmente(106). Por

(106) En este sentido cfr. Armin KAUFMANN, "Das fahrlässige Delikt", en ZRvgl. págs.41 y 54. La utilización del criterio de la desvalorización social del peligro como objeto de referencia de la finalidad en el delito imprudente no ignora los "escollos" dogmáticos que hay que salvar. No hay más que reparar en que con ello se intenta afirmar la finalidad también en la acción imprudente pero entendida como concepto complejo subjetivo-objetivo, es decir como concepto en el que pueden jugar un papel importante las pautas de conducta social, que se construyen, así, como presunciones de pretensión de finalidad en el que actúa en imprudencia sin representación del resultado. Evidentemente esto supone una puerta abierta hacia la teoría de la acción social, tal y como se sugiere de manera indirecta en MAURACH-ZIPF, AT,I, págs. 22/223.

Por otro lado el criterio utilizado respeta los conceptos jurídico-penales de la "adecuación social" y

eso la conminación penal (en el Código penal español) no varía en el delito imprudente en función del resultado con

..... del "riesgo permitido", ambos en íntima conexión-confusión con el de infracción del deber objetivo de cuidado" (cfr. infra. págs. 211 y sigs.). Por lo demás, las dudas y dificultades en torno a la compatibilidad de la llamada imprudencia inconsciente o sin representación con el principio de la culpabilidad, -toma en el que no es pertinente entrar en este trabajo- no son nuevas. Cfr. especialmente, al respecto, Arthur KAUFMANN, "Das Unrechtsbewusstsein in der Schuldlehre des Strafrechts", 1949, pág.142.

Indirectamente, pues, se confluye en la dogmática del "peligro abstracto". Estos "delitos", cuya existencia jurídica es profundamente criticable, se disolverían en el desvalor de la acción imprudente, por lo que tendrían que estar sujetos al acaecimiento de un resultado típico para su punición (a mi entender es incompatible el reconocimiento de esta realidad dogmática (imprudencia) con la posibilidad de punición de la "mera conducta", a pesar de que el C.P. español así lo imponga; cfr. RODRIGUEZ RAMOS, "El "resultado" en la teoría jurídica del delito", en C.P.Cr, nº 1, 1977, pág.59, con referencia bibliográfica en nota 56, pág.57). La consideración del "peligro" como resultado también en la imprudencia da lugar a lo que la doctrina alemana denomina "delitos imprudentes de acción" (Fahrlässigen Handlungsdelikte; cfr. BOLDT, "Zur Struktur der Fahrlässigkeits-Tat", en ZStW 1956 (tomo 68), págs.357 y sigs), o también "delitos imprudentes de peligro" (fahrlässigen Gefährdungsdelikte; cfr. Armin KAUFMANN, "Das fahrlässige Delikt, cit. pág.54), de especial relevancia en el derecho penal especial alemán (es decir, no común) (cfr. BOLDT, op. cit., con referencia bibliográfica (nota 90) y de derecho positivo). La elaboración dogmática aquí mantenida, e indicada en el texto, no tiene nada que ver con la justificación de esta especie de "tentativa imprudente" (esta realidad no se soslaya por el hecho de considerar al "peligro" como "resultado"), sino con la determinación del injusto imprudente, para el que el acaecimiento del resultado no es esencial (constitutivo), aunque sí lo sea para su punición (en esta línea, diferencial, ver Armin KAUFMANN, "Das fahrlässige Delikt", cit. pág.55). Por lo demás esta problemática no puede aislarse de la existencia de los delitos de "peligro concreto", ni, como ya se ha señalado en esta misma nota, de la del "riesgo permitido" y,

creto acaecido (de naturaleza relativamente accidental), sino de la temeridad o no de la imprudencia, es decir de

..... especialmente, de la del "incremento del riesgo", en relación a la "teoría de la adecuación" /cfr. infra, pág.343, sigs.). La desvinculación conduciría a la discusión, en sí misma sin sentido por moverse en un terreno impropio, de si es exigible causalidad adecuada en las acciones (dolosas) de peligro abstracto (cfr., al respecto, DEUTSCH, "Begrenzung der Haftung aus abstrakter Gefährdung wegen Fehlender adäquater Kausalität?", en JZ 1966, págs. 356 y sigs.). Por otro lado en el tratamiento doctrinal hecho hasta ahora de los delitos (dolosos) de peligro abstracto no se han llegado a clarificar, a mi entender, las posibilidades de diferenciación entre un dolo eventual referido al peligro concreto y uno directo referido al abstracto. Parece lógico pensar que el segundo incluirá, siempre, al primero (equivoca, al respecto, MUÑOZ CONDE, Derecho Penal, Parte Especial, pág.399, ya que define el dolo en el tipo subjetivo de un delito de peligro concreto como "dolo de peligro que no se refiere al posible resultado lesivo, sino a la acción peligrosa en sí", con lo que sólo puede diferenciarlo del dolo en el tipo subjetivo de un delito de peligro abstracto, refiriéndolo en éste a la propia conducta (pág.397). Solución ésta que se erige en defensora del "dolo de peligro"(?) al tiempo que construye una nueva modalidad del mismo (dolo de peligro implícito en la volición de la conducta incorrecta: conducir embriagado, por ej. (en este sentido, también, CONDOBA RODA, "Comentarios..." cit. tomo III, pág.1251). Todo ello posibilita la discusión dogmática sobre si es posible o no, en tales supuestos, la comisión culposa (tipo imprudente). Lo lógico, sin embargo, especialmente desde la concepción finalista del injusto imprudente (voluntad referida a la norma del cuidado), es concluir en que este dolo especial de peligro no es más que imprudencia. Sólo así resultará convincente, por otro lado, la discusión sobre la exigencia del juicio de adecuación, como incremento del riesgo de producción de un resultado (cfr. infra, pág.348, sigs.; también, DEUTSCH, "Begrenzung der Haftung..." cit. pág.558; el mismo, antes, "Fahrlässigkeit..." cit. págs.117 y sigs., aunque siempre en el terreno de la causalidad y del delito doloso) en el tipo imprudente (como se sabe es "dogma común" el de que la teoría de la adecuación no constituye en puridad, una auténtica teoría causal. Cfr. Armin KAUFMANN, "Das fahrlässige Delikt", cit. pág.48.

la naturaleza del desvalor de la acción(106 bis)(graduación de la infracción del deber de cuidado/del peligro para los bienes jurídicos desvalorado socialmente; en el delito doloso esta graduación viene establecida por el resultado típico pretendido). Por otro lado el hecho de que no sea punible la tentativa imprudente, no hace más que confirmar que el desvalor de la finalidad con capacidad y poder de resultado es el criterio definidor del desvalor del resultado para el delito consumado: toda finalidad tiene que ser finalidad con capacidad y poder de resultado en el injusto imprudente punible.

Esta construcción jurídica, dentro del injusto personal, permite, además, según mi punto de vista, conciliar coherentemente la concepción del injusto personal con la función del derecho penal protectora de bienes jurídicos, al hacer posible la complementación de la ya conocida aservación, en otro caso preocupante, de los finalistas, de que la protección de bienes jurídicos se consigue, precisamente, mediante la punición del desvalor del acto.

Abandonada en consecuencia, la teoría de la congruencia, por varias razones pero ahora en concreto por basarse en la integración del desvalor del resultado en el injusto y en su exclusión con valor constitutivo, podría utilizarse como alternativa la de la justificación separada, que aun que con importantes incoherencias en algunos de sus más destacados representantes, acepta, generalmente el punto de partida de la función aumentante del injusto del desvalor del resultado.

(106 bis) Cfr. BORDOBA RODA, "Die Regelung der Fahrlässigkeit..." cit. pág.440.

Sin embargo, la teoría de la justificación separada resulta, también, inmantenible, o mejor dicho, inconciliable con la teoría finalista del desvalor del acto, ya que, de mantenerse una concepción de la justificación de naturaleza "compensatoria" o "ponderatoria" de valores y desvalores, el punto central para la justificación habría de ser, dada la ya conocida teoría finalista del desvalor del acto, la compensación de éste, es decir, de la relación de la voluntad con un resultado, y no, como mantiene la teoría de la justificación separada, la compensación separada de la parte subjetiva del hecho, por un lado, y de la objetiva, por otro.

La construcción jurídica ensayada en páginas anteriores en torno a la finalidad con capacidad y poder de resultado fuerza, a pesar del reconocimiento de la función aumentante del injusto por parte del desvalor del resultado, a importantes alteraciones sobre la dogmática de la "justificación separada", que habrán de culminar en la crítica a la resolución, según sus presupuestos, de los discutidos casos de justificación de hechos imprudentes(107).

Por ahora hay que decir que la introducción en la dogmática del injusto de un desvalor complejo de la finalidad repercute directamente sobre la concepción de su exclusión, ya que para ésta resultarán inválidos los criterios de la congruencia y de la justificación separada.

Por otro lado, lo inmantenible, a mi entender, de cualquier concepción de la justificación de naturaleza "compensatoria" o "ponderatoria" de valores y desvalores, y su

(107) Cfr. infra, págs. 272 y sigs.

sustitución, como alternativa, por una investigación del contenido del injusto cuando se ejercita o se cree ejercitar el tipo de la autorización, concluirá demostrando que también esa pretendida "exclusión compleja" del injusto es incorrecta. La naturaleza compleja del injusto personal, es decir el desvalor complejo de la finalidad, además de suponer un avance dogmático en la teoría del injusto personal y de poner de relieve las incoherencias de las teorías de la congruencia y de la justificación separada, abre las puertas a la precitada investigación del contenido del injusto en supuestos de realización, real o putativa, del tipo de la autorización. Para ello es preciso detenerse en el estudio de la función del denominado elemento subjetivo de justificación, es decir del elemento subjetivo en el tipo de la autorización, y su incidencia sobre el injusto.

IV.- EL ERROR INVERSO SOBRE LA SITUACIÓN DE JUSTIFICACIÓN.-

En este contexto el primer paso es el de deducir los efectos que la inexistencia del elemento subjetivo de justificación puede traer consigo cuando la situación de justificación(108) existe objetivamente. Este primer grupo de supuestos servirá, además, tal y como se adelantó hace unas líneas, para (aceptando la sistemática propuesta por WELZEL al respecto) aproximarnos a la investigación de la auténtica naturaleza del "examen conforme a deber" de los presupuestos objetivos de la justificación.

(108) La alusión a una "situación de justificación" resulta impropia, en sentido estricto, de la misma manera que lo es la terminología del "elemento subjetivo de justificación", para designar en realidad, el elemento subjetivo del tipo de la autorización. Dado que es una terminología generalizada en la dogmática se siguen utilizando en este trabajo.

Desde que se admitió con carácter absolutamente dominante en la dogmática penal moderna la existencia de los elementos subjetivos de justificación, la polémica se ha centrado, como se dijo,⁽¹⁰⁹⁾ en la cuestión de si en caso de existencia objetiva de la situación justificante y de no constatación del elemento subjetivo pertinente se ha de punir por el delito consumado o sólo por el intentado. Esta polémica es el centro de la que a nivel general mantienen en la doctrina penal los representantes de la teoría de la congruencia frente a los de la justificación separada.

1.- En efecto, si, como se vió, se exige para la exclusión del injusto la congruencia entre la parte subjetiva y la objetiva del tipo (de la justificación), será forzoso afirmar la punibilidad del consumado cuando el que actúa desconocía la existencia de la situación de justificación. Sin embargo ello no es tan lineal.

Así, ni WELZEL ni NIESE han fundamentado su opción por la pena del consumado, es decir por el injusto pleno, e incluso en la construcción jurídica del primero de ellos resulta chocante, en la medida en que en su doctrina, tal y como quedó significado anteriormente, el desvalor del resultado forma parte del de la acción; su función y su "esencia" son dependientes con respecto al desvalor de la acción, por lo que no pueden tener naturaleza constitutiva del injusto, y si la tiene aumentante del mismo es por aumentar el desvalor de la acción debido a la mayor "energía delictiva"⁽¹¹⁰⁾. Anteriormente estas argumentaciones nos hicie

(109) Cfr. supra pág. 142.

(110) Cfr. WELZEL, Lehrbuch, pág. 189.

ron manifestar que esta básica construcción jurídica de WELZEL conducía a su desvinculación de la teoría de la congruencia. Precisamente por esto MAURACH tuvo que recurrir para mantener sus tesis de la congruencia a la caracterización del desvalor del resultado como componente "independiente" del de la acción, con función propia(111). Y así lo mantiene, también, su discípulo ZIPF(112).

Lo cierto, sin embargo, es que WELZEL afirma (simplemente afirma, es decir no se detiene en argumentarlo) al tratar el consentimiento, que la ausencia del conocimiento de la existencia del consentimiento, al igual que la del de la voluntad de defensa en la legítima defensa, hace que el hecho permanezca punible plenamente ("in vollem Umfang") (113). Tampoco NIESE, que también es considerado como típico representante de la teoría de la congruencia, argumenta detenidamente su opción favorable a la punición por el delito consumado(114).

1.1.- Por el contrario sí lo hacen MAURACH y especialmente HIRSCH(115), en base, precisamente, a que la tentati

(111) MAURACH, AT, parágrafo 25, V, B, C

(112) MAURACH-ZIPF, AT, I, parágrafo 17, 1, pág.227, en relación al parágrafo 25, V. B, pág.370.

(113) WELZEL, Lehrbuch, pág.97. En la 2ª edición (1949) mantenía, sin embargo, la punición por tentativa imposible, con motivo del supuesto concreto del consentimiento (pág. 56), tal y como recoge NIESE en "Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit", 1951, pág.18, nota 37.

(114) "Finalität..." cit. pág.18, nota 37.

(115) "Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen", 1960, pág.254/255.

va exige, por definición, la inexistencia del resultado típico, siendo así que en los supuestos de desconocimiento de la situación objetivamente justificante el resultado típico pretendido por el que actúa acaece, con independencia de si el derecho justificaba objetivamente su producción. Dicho de otra forma, los supuestos que nos ocupan constituirían lo inverso a la tentativa, que se define, precisamente, porque el autor no consigue el resultado que pretende. En estos casos, por el contrario, el autor consigue el resultado típico que pretendía, aunque éste estaba objetivamente justificado. A todo ello alude también MAURACH cuando niega la posibilidad de la solución de la tentativa dado que (en relación al elemento subjetivo de justificación en el consentimiento) la tentativa se fundamenta, exclusivamente, mediante la carencia del tipo objetivo, en tanto que en los presentes casos queda intacto, precisamente, ese elemento del delito (116).

La cuestión está, obviamente, condicionada por el valor jurídico que se la confiere a la existencia de un resultado objetivamente justificado, es decir, desde otra óptica, a la subsistencia del "resultado típico-lesión del bien jurídico". O dicho de otra forma, la cuestión es si "resultado objetivamente justificado" equivale, o no, a "valor del resultado". Porque en la teoría del injusto y de su exclusión lo relevante no son la acción y el resultado, si no sus desvalores o valores. Y, así, la indiscutible presencia intacta del tipo objetivo (resultado típico) en los supuestos en cuestión, aducida por MAURACH, no quiere decir nada si no se afirma, al tiempo, que ello equivale a

(116) MAURACH, AT, párrafo 28, I, 3. (3ª edic. pag. 288; 4ª edic., con matices, pag. 345)

la existencia de un desvalor del resultado. Las anteriores argumentaciones de HIRSCH y de MAURACH tienen que ser reconducidas, pues, a la teoría del injusto y una vez allí proceder a su reformulación: si el injusto de la tentativa es desvalor-tipicidad de la acción sin desvalor-tipicidad del resultado, es decir, el querer realizar una lesión típica de un bien jurídico sin conseguirlo, resulta claro que ello es, precisamente, lo contrario de lo que ocurre en los supuestos de error inverso sobre los presupuestos objetivos de la causa de justificación (falta del elemento subjetivo de justificación), en donde se consigue el resultado típico querido, es decir en donde subsiste, también, el desvalor-tipicidad del resultado.

La fundamentación de esta formulación en sede del injusto personal se encuentra claramente expresada por HIRSCH en su obra crítica de la teoría de los elementos negativos del tipo. El desvalor del resultado «mantiene» subsiste aún cuando existan los presupuestos objetivos de la justificación, ya que no viene definido ni condicionado por ellos, sino por la lesión típica del bien jurídico⁽¹¹⁷⁾. Como quiera que el desvalor de la acción se da en cuanto la conducta «rellena» el tipo rector o «Leitbildtatbestand»⁽¹¹⁸⁾, la punición en tales casos por delito consumado aparece, en esta concepción, fundamentada.⁽¹¹⁹⁾ Por eso, precisamente, la argumentación en torno al defecto de tipicidad en lo objetivo ha sido rechazada en el terreno del injusto por aquellos que entienden conciliable el injusto personal y la teoría de los elementos negativos del tipo, para concluir en la alternativa de la punibilidad por tentativa.

(117) "Die Lehre..."cit.pág.247/248.Cfr.infra pág.42/43.

(118) "Die Lehre..."cit.pág.248.

Conviene resaltar, al respecto, por su concreción y claridad el siguiente texto de RUDOLPHI: "Pues de la existencia de normas especiales sobre la punibilidad de la tentativa se deduce, forzosamente, que un desvalor de la acción no tiene capacidad en ningún caso para fundamentar por sí mismo la punición por un delito doloso o imprudente consumado. En consecuencia hay que afirmar que la simple existencia de una situación justificante excluye totalmente la punibilidad por delito imprudente, y sólo permite, en lo que a los delitos dolosos se refiere, una punición por delito intentado"(120).

a.- Resulta obvio, pues, que si la simple existencia de la situación objetiva justificante debe producir tales efectos, es porque permite afirmar, frente a las concepciones de HIRSCH o de MAURACH, la inexistencia de desvalor del resultado(121). Pero es que también centrando el interés en el propio desvalor de la acción, es posible encontrar argumentos en el seno de esta teoría, frente a las argumentaciones de éstos.

En efecto, como consecuencia de su concepción del tipo, el error sobre los presupuestos de hecho de la causa de jug

(119) "Die Lehre..." cit, pág.254/255. La argumentación utilizada por HIRSCH para concluir con la subsistencia del desvalor del resultado en estos casos, es que la propia existencia de las causas de justificación demuestra que el resultado típico causado, está negativamente valorado por el mero hecho de su tipicidad, ya que es preciso recurrir a una situación excepcional para que quede autorizada su realización.

(120) RUDOLPHI, "Inhalt..." cit. pág.58.

(121) Cfr. infra. págs. 417 y sigs.

tificación (es decir, el error sobre un elemento objetivo del tipo (negativo)) tiene que concluir en la exclusión del dolo (es decir, en la afirmación de un valor de la acción no imprudente), al igual que si hubiese versado sobre las circunstancias del hecho (error sobre el tipo); de ello deducen, en los supuestos inversos, forzosamente, que, por ser la tentativa desvalor de la acción exclusivamente, la actuación hacia un resultado típico sin conocimiento de la existencia del tipo negativo (error inverso de justificación) debe sustanciarse, precisamente, en una tentativa, es decir, en puro desvalor de la acción dolosa(122).

Pero con independencia de las críticas que tanto una como otra concepción del desvalor del acto merecen(123), la argumentación expresada con especial significación por MAURACH, a la que se aludió anteriormente, resulta criticable por distintas razones, pues lo cierto es que, tal y como resalta ZIELINSKI, la afirmación de MAURACH se muestra como correcta sólo formalmente: fenomenológicamente no puede decirse tampoco, que sólo se haya "intentado" el asesinato de la víctima "X" cuando de hecho se actuó sobre el cadáver de "X"(124).

b.- Por otro lado, también desde la teoría del error es incoherente la conclusión de la punición por el delito

(122) Así, v. WEBER, "Negative Tatbestandsmerkmale", en Festschrift für Mezger, 1954, pág.192; ROXIN, "Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale", 1970 pág.160/161 (161); cfr. también, LENCKNER, "Der rechtfertigende Notstand", cit. pág.194.

(123) Cfr. infra págs. 264 y sigs., especialmente.

(124) Ob.cit.pág.261.

consumado. Así ROXIN pone de manifiesto cómo la coherente con la teoría estricta de la culpabilidad de la que son representantes tanto MAURACH(125) como WELZEL(126), NIESE(127) o HIRSCH(127 bis), habría sido afirmar en estos casos de inexistencia exclusiva del elemento subjetivo de justificación un delito ideal(128), ya que los supuestos de error inverso de prohibición constituyen en WELZEL casos de delito ideal, por lo que al mantener la teoría estricta de la culpabilidad que la suposición errónea de los presupuestos de la justificación constituye error de prohibición, no tiene más remedio que concluir, consecuentemente, que el supuesto inverso, es decir el desconocimiento de su existencia, ha de constituir un error inverso de prohibición, con lo que la reconducción al impune delito ideal resultará forzosa.

HIRSCH pretende rebatir la lógica de esta argumentación mediante la crítica al propio presupuesto sobre la que se asienta. En efecto -dice HIRSCH- el error inverso sobre la antijuricidad constituye un delito ideal impune. Ello

(125) AT, parágrafo 25, V, C, 2.

(126) Lehrbuch, págs.164 y sigs.

(127) "Finalität..." cit. pág.37.

(127 bis) "Die Lehre..." cit. pág.347.

(128) ROXIN, "Offense Tatbestände..." cit. pág.160; antes, v. WEBER, "Der Irrtum über einen Rechtfertigungsgrund", en JZ 1951, pág. 263: "A la tentativa pertenece la "decisión de cometer un delito, es decir el dolo del hecho. El hecho de que la conciencia de la antijuricidad no pertenezca a dicho dolo del hecho, muestra aquí, con especial claridad, que la errónea suposición del autor de que su acción era antijurídica no fundamenta la punibilidad por tentativa: existe, pues, un denominado delito ideal".

no significa , sin embargo, que éste sea el caso en los supuestos de error inverso sobre los presupuestos de hecho de las causas de justificación, sino en aquellos en que el error versa sobre la "necesidad" (Erforderlichkeit) de la acción de justificación (es decir, cuando el que actúa considera no necesaria la acción de justificación, que es, sin embargo, objetivamente necesaria). En tal caso su error no afecta al elemento subjetivo de justificación, que queda al margen, sino a una característica de la valoración global de la acción, la "necesidad" de la misma en relación a un resultado, que presupone la presencia del elemento subjetivo de justificación. En consecuencia, si éste no se ha dado (como finalidad de la acción) la punibilidad está fundamentada también desde la óptica de los adversarios de la teoría de los elementos negativos del tipo -prosigue HIRSCH.⁽¹²⁹⁾ Como conclusión habrá que decir, desde esta perspectiva, que si hay error inverso sobre la "necesidad" se estará ante un delito ideal impune, y si versa sobre los presupuestos de hecho de la causa de justificación, sin afectar a la "necesidad", vendrá al caso su punibilidad (según HIRSCH, además, como se sabe, por delito consumado)(130).

(129) "Die lehre..." cit. pág.251-255

(130) La coincidencia de los defensores de la teoría estricta de la culpabilidad y, a la vez, de la teoría de la congruencia, como WELZEL (aunque matizadamente, como se vió), NISSE, MAURACH o HIRSCH, en la defensa de la punición del consumado, no debe inducir, sin embargo, a la consideración, errónea, de que sólo desde estas posiciones doctrinales se mantiene dicha alternativa en cuanto a la punición de estos supuestos, tal y como destaca, con acierto, el citado HIRSCH ("Die Lehre..." cit. pág.254). Así, desde muy distintas concepciones dogmáticas mantienen también la punibilidad por el consumado: DREHER, StGB parágrafo 32,14; SCHMIDHAUSER, AT, pág.292; BLEI, AT, pág.123 (refe-.....

También MAURACH, cuya opinión se ha utilizado como punto de partida para la presente discusión dogmática, utiliza inicialmente una argumentación muy semejante a la anterior al enfrentarse a la crítica de ROXIN frente a la teoría estricta de la culpabilidad. En supuestos de error inverso sobre los presupuestos de hecho de una causa de justificación -dice MAURACH- sólo viene al caso un delito idel (impune) "cuando se trata de un error de valoración (Bewertungsirrtum)" (131), es decir en supuestos^{en} que, en realidad, no se discute que el que actuó conocía la situación de justificación, pero supuso erróneamente la prohibición.

Sin embargo, como el propio MAURACH reconoce (132), estas argumentaciones (por tanto también la de HIRSCH) son incoherentes con los presupuestos de la teoría estricta de la culpabilidad, a la que, sin embargo, pretenden fortalecer. En efecto, una de las diferencias fundamentales de ésta con respecto a otras soluciones dogmáticas sobre el error que versa sobre los presupuestos de la causa de justificación (desde la teoría de la culpabilidad, en todo caso) es, precisamente, la intrascendencia que concede la teoría estricta a la diferencia entre error sobre las circunstancias objetivas (Sachverhaltsirrtum) y error sobre

..... rido, en concreto, al consentimiento); Rudolf SCHMIDT, "Subjektive Rechtfertigungselement bei Fahrlässigkeitsdelikten", en Jus 1963, pág.65; además, tal y como reconoce JESCHECK (Lehrbuch, pág.264), de "los representantes consecuentes de la teoría del injusto personal".

(131) MAURACH, "Die Beiträge..." cit, pág.771.

(132) "Die Beiträge..." cit. pág.772.

la valoración enen teoría sobre el error de prohibición en el ámbito de las causas de justificación. Por eso lo consecuente sería aplicar las consecuencias del error inverso sobre la prohibición (es decir, la impunidad del delito ideal) a los supuestos de error inverso sobre las circunstancias objetivas de la justificación(133).

El reconocimiento de esta incoherencia no puede minusvalorarse, como si de algo dogmáticamente insignificante se tratase, ya que, tal y como remarca DREHER(134), encierra una contradicción esencial con la teoría del injusto personal en el ámbito de las causas de justificación, ya que para esta teoría es esencial la presencia del elemento subjetivo de justificación para que se pueda producir el efecto justificatorio, es decir la impunidad. El hecho de que en los presentes casos pueda afirmarse la impunidad aún no existiendo, precisamente, el citado elemento subjetivo, demuestra claramente lo esencial de la contradicción dogmática.

En este sentido el planteamiento de ROXIN resulta perfectamente válido y generalizable. En la misma línea va el sistema cerrado construido por la Jurisprudencia alemana del BGH al respecto(135): al error sobre el tipo y al error sobre la prohibición, como supuestos de error "a favor", se corresponden, respectivamente, la tentativa y el delito ideal, en los supuestos de error "en contra".

(133) En este sentido, también, MAURACH, /Die Beiträge..." cit. pág.772.

(134) "Der Irrtum über Rechtfertigungsgründe", en Festschrift für Heinitz, pág.213.

(135) Cfr. BGHSt, 2, 194 (sentencia de 18-3-1952), publicada, también, en NJW 1952, págs.593 y sigs., Esta sentencia sirve de motivo al artículo aludido últimamente de MAURACH.

c.- Sólo acudiendo a las tesis de la "congruencia" entre elementos subjetivos y objetivos en la justificación consigue MAURACH mantener, a pesar de todo lo anterior, que la solución no tiene por qué ser sin embargo, la del delito ideal, para los supuestos de error inverso sobre los presupuestos de hecho de la causa de justificación. Con ello pretende MAURACH hacer quebrar la fórmula de que no existe un "tertium" entre la alternativa de la tentativa (imposible) y la del delito ideal. En efecto, -dice MAURACH- al no existir "congruencia" entre ambos elementos (dada la inexistencia del elemento subjetivo de justificación) se impone como inevitable la punición por el delito consumado, por resultar irrefutable la consideración de que el que exige la congruencia para la justificación tiene que afirmar injusto pleno si falta el elemento subjetivo(136).

Pero hay que reparar que esta opinión se basa, exclusivamente, en la inexistencia del elemento subjetivo y en la existencia del tipo objetivo de la justificación, (al igual que ocurría con la opinión antes vista de HIRSCH) pero no en la referencia del error a la antijuricidad (aunque sea a través de la "necesariadad" o "necesidad") lo cual constituía la base demostrativa en la argumentación de HIRSCH. De este planteamiento básico de MAURACH se deduce una ruptura dogmática, de la que el propio autor es consciente, y que, sin embargo, no aparece fundamentada. Esta "ruptura" responde al siguiente razonamiento: el error inverso de prohibición (es decir, también el error inverso sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación

(136) Cfr. supra pág. 244 ; en este sentido, ZIEGLINSKI. ob. cit. pág. 260.

ción, según los postulados de la teoría estricta de la culpabilidad) no responde al planteamiento unitario que se mantiene, desde esa teoría, respecto al error de prohibición (como se sabe este planteamiento unitario consiste en que resulta intrascendente si la causa del error, es decir su origen, es de hecho o de derecho, ya que lo relevante es que versó, en definitiva, sobre la prohibición). La coherencia con este planteamiento unitario, que hace mantener a la teoría estricta de la culpabilidad que el error sobre los presupuestos de hecho (Sachverhaltsirrtum) de una causa de justificación es un error de prohibición, conduciría al delito ideal en los supuestos de error inverso, y sólo diferenciando el error inverso sobre las circunstancias objetivas de la causa de justificación (umgekehrte Sachverhaltsirrtum) del error inverso sobre la prohibición puede pretenderse una solución diferente a la del delito ideal (y, por supuesto a la de la tentativa)(137).

La gravedad de esta "ruptura" no puede "taparse" con el argumento de la "incongruencia", ya que, además, como se vió anteriormente, la teoría de la congruencia responde a una integración del desvalor del resultado en el injusto, con valor constitutivo del mismo, incompatible con la teoría del desvalor del acto del injusto personal(138).

Pero es que, además de la crítica que merece la teoría de la congruencia en base a la del desvalor del acto, también en concreto resulta inmantenible como argumento para la defensa del "tertium" que supone la pretensión de punición por el delito consumado.

(137) Cfr. MAURACH, "Die Beiträge..." cit. pág.772.

(138) Cfr. supra pág.217

En efecto, repárese en que la "incongruencia" a la que alude MAURACH se define por la presencia dogmática de un valor del resultado (existencia objetiva de la situación de justificación) al que no responde "congruentemente" un valor de la acción (inexistencia del elemento subjetivo de justificación). Pues bien, retomando de nuevo, la problemática suscitada por la teoría de la congruencia, (es decir su pretensión de fundamentar la punición del delito consumado) desde la óptica, ahora, de la función del desvalor de la acción en el injusto, resulta contradictorio atribuirle al citado desvalor una determinada función o capacidad para la fundamentación del injusto, para alterar, sin embargo, dicha dogmática en situaciones de justificación.

En este sentido pone de manifiesto RUDOLPHI(139) la contradicción existente tanto en WELZEL como en MAURACH, si se tiene en cuenta que, en general, reconducen la punibilidad de la tentativa imposible a la de la tentativa en base a que existe en ella un pleno desvalor de la acción que, a falta del correspondiente desvalor del resultado, es apto, por sí mismo, para fundamentar el injusto de la tentativa, y, en consecuencia, su punición. Si ello es cierto, -prosigue, con acierto, RUDOLPHI- también habrá de serlo en los supuestos de actuación en desconocimiento de la situación objetivamente justificante, en los que tampoco existe, como se ha visto al exponer el razonamiento de MAURACH de la "incongruencia", desvalor del resultado. El por qué en estos casos se hace alusión a la incongruencia para fundamentar el consumado queda inexplicado.

(139) "Inhalt und Funktion..." cit. pág.53.

Lo cierto es, pues, que tampoco la teoría de la congruencia se muestra capaz de resolver, con una dogmática consecuente, los casos de inexistencia exclusiva del elemento subjetivo de justificación. Porque es preciso recordar, de nuevo, que a lo que no puede renunciar esta teoría es a la punición por el delito consumado cuando fallan los elementos subjetivos u objetivos de la justificación. Como dice -críticamente- ZIELINSKI, "el que exige para la exclusión del injusto la congruencia entre el tipo objetivo de la justificación y el subjetivo, tiene que afirmar pleno injusto, y con ello, por principio, plena punibilidad, si el autor no sabe de la situación objetiva de justificación"(140).

Todo esto explica -aunque aquí no se comparte- la reformulación hecha por ZIPF en su puesta al día de la Parte General de MAURACH. Reformulación que consiste en que, si bien respeta, por un lado, la concepción de la congruencia entre el elemento objetivo y el subjetivo de la justificación(141), mantiene, sin embargo, frente a MAURACH, la punibilidad de la tentativa en estos casos de error inverso no ya por aplicación directa de las normas de la tentativa, sino por "corresponderse" las situaciones(142). El paso dogmático es radical y deja indefensa, por sí mismo, la pretensión de rechazar desde la teoría estricta de la cul

(140) ZIELINSKI. ob.cit., pág.260. Este autor, por lo demás radicalmente opuesto a la teoría de la congruencia (cfr. infra págs.260,44), llega a la misma conclusión (ob.cit.págs. 263 y sigs.(266)).

(141) MAURACH-ZIPF, AT, I, pág.370.

(142) MAURACH-ZIPF, AT, I, págs.371/372.

pabilidad su forzosa convergencia en la impunidad por delito ideal, ya que ZIPF renuncia al "tertium" (punicción por delito consumado) que pretendía apoyarse, precisamente, en la teoría de la congruencia. Ello se muestra con especial claridad si se tiene en cuenta que la alteración dogmática -de naturaleza ecléctica- hecha por ZIPF supone, evidentemente, la renuncia a la exigencia de "congruencia" para la exclusión del injusto y sus sustitución por la "justificación separada". La congruencia queda reducida a mera terminología sin contenido. Por eso aparece como igualmente incorrecta la pretensión de BLANKE ya que mantiene, asimismo, (siendo él partidario de la justificación separada) que desde las tesis favorables a la congruencia también se puede concluir -aunque no necesariamente como en el caso de la justificación separada- en el paralelismo entre elementos objetivos, por un lado, y subjetivos, por otro, (143), con lo que quedarían abiertas las puertas para la posible afirmación de la punicción de la tentativa desde la teoría de la congruencia para los casos de ausencia, exclusiva, del elemento subjetivo de justificación.

Aún admitiendo lo loable de todo intento de aproximación en la dogmática, lo cierto es que si la teoría de la congruencia tiene razón de ser es, precisamente, para afirmar como cuestión dogmática que sólo si se dan conjuntamente los elementos objetivos y los subjetivos de la causa de justificación es posible la exclusión del injusto: el paralelismo clásico de las tesis de la justificación separada no produce, pues, aún admitiéndolo en abstracto, ningún efecto sobre la inevitable conclusión de la congruencia.

(143) BLANKE, Ob.cit. págs.136/137 y 154/155.

Por lo demás, y para concluir con la crítica a las argumentaciones esgrimidas especialmente por MAURACH para fundamentar la punición del consumado, es preciso retomar el planteamiento inicial: el argumento de la ausencia del tipo objetivo en la tentativa frente a los supuestos de error inverso en cuestión en que, precisamente, permanece intacto el tipo objetivo. Se decía anteriormente, al respecto, que esta fundamentación tenía que ponerse en relación con la teoría del injusto para adquirir plena validez. Y, así, resultaba que el planteamiento concluía en que en estos casos de error inverso subsistía el desvalor-tipicidad del resultado.

Pues bien, resulta paradójico que una vez se utilice como argumento la subsistencia del desvalor-tipicidad del resultado, y acto seguido se acuda, a través de la teoría de la congruencia, a la presencia exclusiva de un valor-juricidad del resultado. Es decir, que en una argumentación se utiliza la vinculación de una acción a un resultado típico, como pretensión de la voluntad, para declarar el desvalor (teoría del desvalor del acto, en cuanto desvalor-tipicidad), y en la otra se establece el valor en base a la desvinculación de un resultado con respecto a la voluntad, ya que al recurrir a la teoría de la congruencia para fundamentar la punición del consumado se da a entender que existe un valor del resultado, a pesar de haberse realizado el resultado típico; valor que se afirma a pesar de estar desvinculado de la pretensión del que actúa, ya que en él no existe el elemento subjetivo correspondiente. A mi entender esta inconsecuencia dogmática resulta indefendible.

1.2.- Puestas de manifiesto en las últimas páginas las dificultades con que se enfrenta la pretensión de fundamentar la punición del delito consumado, en los casos de error inverso sobre los presupuestos de hecho de una causa de justificación, en base a la subsistencia del tipo objetivo, o desde la teoría estricta de la culpabilidad y de la congruencia, sólo una consecuente concepción dogmática del injusto personal puede reunir los argumentos capaces de fundamentar dicha conclusión, frente a la mayoritaria consideración actual en la doctrina de que la ausencia exclusiva del elemento subjetivo de justificación ha de concluir en la punibilidad por tentativa, ya por aplicación directa de la normativa de la tentativa (imposible)(144), ya por utilizar la vía comparativa de la analogía(145).

Un primer intento, al respecto, lo constituye la consideración, extensamente argumentada recientemente por ZIELINSKI(146), de que sólo el desvalor de la acción constitu

(144) En general esta opinión es la mantenida por los adversarios, ya absolutos, como NOWAKOWSKI, ya relativos, como BAUMANN, de los elementos subjetivos de justificación. Cfr. NOWAKOWSKI, "Zur Lehre von der Rechtswidrigkeit", en ZStW 1951, (tomo 63), pág.319. La conclusión de NOWAKOWSKI no es comprensible, dado su punto de partida radicalmente objetivista, si no se tiene en cuenta que para el citado autor es posible la existencia de culpabilidad sin antijuricidad. Cfr. también, BAUMANN, AT, pág.304.

(145) Cfr. KOHLRAUSCH-LANGE, StGB Kommentar, pág.149; ROXIN, "Offene Tatbestände..." cit.pág.161; RUDOLPHI, "Inhalt und Funktion..." cit.pág.58; LENCKNER, "Der rechtfertigende Notstand", cit.págs.191 y sigs.(194); el mismo, "Die Rechtfertigungsgründe...", cit.pág.175; el mismo, en StGB Kommentar, Vor parágrafo 32, 15; JESCHECK, Lehrbuch, pág.264; SAMSON, en SK, Vor parágrafo 32, 24; MAURACH-ZIPF, AT, I, pág.372; STRATENWERTH, AT,I,pág.151 (Rdn.489); ESSER, Strafrecht,I,pág.112 (11 A 12); WESSELS, pág.54 (8 I 2); BLANK, ob.cit.págs.148 y sigs.(152).

(146) Cfr. supra págs. 217 y sigs.

ye injusto, con la particularidad de que en los delitos dolosos de resultado no se le concede, tampoco, capacidad aumentante del injusto al desvalor del resultado, ordinado en el de la acción según la tradicional teoría del desvalor del acto. El desvalor del resultado es, pues, parte del desvalor de la acción, y con ello lo es del injusto(147), lo cual no se traduce en una capacidad aumentante del injusto por parte del desvalor del resultado, ya que el primero, es decir el desvalor del resultado, lo es cuando el resultado se corresponde con la lesión pretendida del bien jurídico, y, en este sentido, ha sido tomada en cuenta para el establecimiento del desvalor de la acción. En consecuencia con esto, la gravedad del injusto será absolutamente independiente del resultado real(150); ésta "diferencia, simplemente, la tentativa de la consumación, en los delitos dolosos", (151) ya que constituye un "criterio para una concreta necesidad de pena que despega, destacándola, la punibilidad del consumado de la punibilidad de la tentativa"(152), en tanto que en los imprudentes constituye el "motivo" para la penalización a causa de una determinada infracción del cuidado"(153), y, en este sentido, es "presupuesto para la penalización del injusto de tentativa no conminado con pena"(154).

(147) ZIELINSKI, ob.cit.(conclusiones)pág.216.

(148) ZIELINSKI, ob.cit.pág.200.

(149) ZIELINSKI, ob.cit.pág.134.

(150) ZIELINSKI, ob.cit. (conclusiones)pág.217.

(151) ZIELINSKI, ob.cit. (conclusiones)pág.199.

(152) ZIELINSKI, ob.cit. (conclusiones)pág.266.

(153) ZIELINSKI, ob.cit. (conclusiones)pág.217.

(154) ZIELINSKI, ob.cit. (conclusiones)pág.199.

Si, por tanto, el desvalor de la acción fundamenta el injusto, el valor de la acción -prosigue ZIELINSKI, adoptando el paralelismo dogmático- habrá de fundamentar su exclusión(155). De esta manera no sólo se construye una teoría subjetiva de la exclusión del injusto(156) sino que además, a los efectos que ahora interesan, se fundamenta la punición por el delito consumado(157), ya que la existencia de la justificación objetiva resulta irrelevante para la exclusión del injusto, por estar desvinculada de la pretensión del autor, al igual que lo era el resultado real para su fundamentación.

Pero, además, este resultado será "la manifestación del injusto cometido"(158), y desplegará todas sus funciones como "criterio para una concreta necesidad de pena", es decir actuará como criterio para la concreta necesidad de pena del consumado.

1.3.- Aunque, como ya se expuso anteriormente, la correcta comprensión y utilización dogmática de los conceptos de "capacidad de resultado de la finalidad" y de "poder de resultado" de la misma, introducía la necesidad de reconocer la función aumentante del injusto del desvalor del resultado, con lo que el resultado se entiende como elemento que adquiere su posible trascendencia en el injusto a través, exclusivamente, de la demostración del poder de resu^l

(155) ZIELINSKI, ob.cit. (conclusiones)pág.266.

(156) ZIELINSKI, ob.cit. (conclusiones)pág.267.

(157) ZIELINSKI, ob.cit. págs.263 y sigs.

(158) ZIELINSKI, ob.cit. pág. 266.

tado implícito en la finalidad (y no sólo de su capacidad de resultado), ello no impide (sino que, por el contrario, lo favorece) afirmar la punición del consumado en los supuestos dolosos de inexistencia del elemento subjetivo del tipo de la autorización. Esta afirmación viene fundamentada, también, en algunas argumentaciones ya expuestas anteriormente, ya que, en efecto, el desvalor del resultado sólo lo es cuando el resultado es demostración (se corresponde) de la lesión pretendida del bien jurídico, y sólo en este sentido se tiene en cuenta para el injusto, ya en cuanto pretensión para establecer el desvalor del acto, ya en cuanto, además, poder de resultado para establecer el injusto del delito consumado.

Partiendo de estos postulados resulta obvio que la relevancia penal del resultado (valorativa o desvalorativa) se establece, en los delitos dolosos, por su vinculación a la pretensión o finalidad del autor. En este sentido puede decirse que la existencia de la situación objetiva de justificación es irrelevante penalmente si está desvinculada de la pretensión del sujeto, tal y como ocurre en los casos de error inverse en cuestión. Pero no es sólo que dicha existencia resulte irrelevante, sino que, por añadidura, esa irrelevancia deja entrever una estructura típica de injusto consumado, en cuanto que descubre una finalidad con capacidad y poder de resultado, dada la pretensión de un resultado típico, de su desvalor, y dado, también, su poder hacia el mismo, como se demuestra por la realización efectiva del resultado (ya que en caso contrario no se plantearía la cuestión de la autorización y, en concreto, de la existencia de la situación objetiva de justificación).

Obsérvese que no es la mera pretensión o intención hacia el resultado típico y su "poder" hacia el mismo lo que ha configurado, unas líneas más arriba, el injusto consumado, sino, además, la del desvalor inherente al resultado. Ello no quiere decir que se acepten las premisas o postulados de la teoría del desvalor del acto hecha por la de los elementos negativos del tipo, con su dolo valorativo referido, también, a la existencia, o inexistencia, de las causas de justificación(159). Pero, tampoco, la concepción absolutamente desnormativizada del tipo que caracteriza a la tradicional teoría finalista del injusto personal con su consecuente "dolus naturalis"(160).

Aceptando , sin embargo, un cierto "contenido social" en el tipo, y entendido, ulteriormente, el dolo en referencia a su realización es posible mantener, también, la punibilidad del consumado, dada la constatación de la pretensión de dicho desvalor-contenido social al querer la realización del resultado típico.

Pero es que, además, un correcto entendimiento del injusto personal excluye, como se ha dicho, la posibilidad de concesión de relevancia al resultado con independencia del desvalor de la acción. Y ésto, ya sea para declarar su carácter constitutivo del injusto, ya su carácter aumentante del mismo. Por eso el desvalor del resultado se introduce en el injusto, para aumentarlo, a través del poder de resultado de la finalidad.

En pura coherencia habrá que concluir, pues, que el elemento subjetivo de justificación es un auténtico presupuesto para la autorización, y que el elemento objetivo

(159) Cfr. infra págs. 419, nota 294

(160) Cfr. págs. 449 y sigs.

del tipo de la autorización no lo constituye, en realidad, la existencia de la situación objetiva de justificación, sino la necesidad objetiva "ex ante" de la acción y/o del resultado que es lo que sí puede quedar vinculado al ejercicio de la finalidad, es decir, al ejercicio del elemento subjetivo de justificación.. En otras palabras, así como en la fundamentación del injusto se concluye que el resultado es relevante sólo en la medida en que demuestra, por su realización, el poder de resultado de la finalidad o acción final (es decir en cuanto desvalor del resultado), así también hay que concluir que en el ámbito del tipo de la autorización, la situación objetiva de justificación es relevante en cuanto demuestra, con su existencia(161) la "necesidad objetiva ex ante" de la acción final (es decir en tanto valor del resultado). Y ello presupone, obviamente, el elemento subjetivo de justificación.

Así pues, está plenamente fundamentada, a mi entender, la conclusión antes apuntada de que la mera existencia de la situación objetiva de justificación es irrelevante penalmente por estar desvinculada de la finalidad, y de que dicha irrelevancia muestra una estructura típica de injusto consumado. Esto es lo que ocurre en los supuestos de error inverso sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación.

(161) También en caso de inexistencia es posible afirmar la necesidad objetiva ex ante, en un determinado contexto. Cfr. infra págs. 444 y sigts. y 398.

V.- EL ELEMENTO SUBJETIVO DE JUSTIFICACION Y EL TIPO IMPRUDENTE.

1.- Otro grupo de supuestos que se plantean como de posible inexistencia del elemento subjetivo de justificación, especialmente significativos si se refieren al ejercicio del cargo, es el compuesto por aquellos casos en que no se pretende un resultado típico, en el ámbito de la existencia de una situación objetiva de justificación. Ampliamente indicativo, al respecto, es el supuesto del que entendió, el OLG de Frankfurt en sentencia de 12-7-1949(162): un comisario-jefe de la policía de fronteras y un funcionario subordinado del mismo cuerpo, observaron, desde su puesto de control situado en una frontera fluvial, que un hombre se alejaba de la orilla unos metros en una barca, y remaba río arriba, tras haber transportado y dejado en tierra a dos personas a las que hizo atravesar la frontera. El comisario-jefe ordenó al subordinado que requiriera al que remaba río arriba para que volviese y se sometiese al control de su documentación. Así se hace, pero el que iba en el bote no atiende a las llamadas, protegiendo, por el contrario, alcanzar la otra orilla, y respondiendo a los subsiguientes requerimientos verbales del policía de fronteras "que no volvía" y que "sus papeles estaban en regla". Ante ello el comisario-jefe ordena al subordinado hacer unos disparos de advertencia; éste ejecuta la orden realizando siete disparos en torno a la embarcación, sin que el conductor de la barca detuviese, sin embargo, su marcha. De nuevo ordena el comisario-jefe "seguir disparando"; así lo hizo el subordinado, impactando

(162) Recogida en NJW 1950, págs.119-120, en comentario de CUPPERS.

mortalmente en el que llevaba la barca el cuarto de los disparos.

En el presente caso se absolvió, inicialmente, del delito de homicidio, del que estaban acusados ambos funcionarios, con la argumentación de que les había faltado el dolo, ya que sólo pretendían realizar disparos de advertencia, y de que tampoco eran responsables por imprudencia ya que "habrían hecho uso del arma en el ejercicio legítimo del cargo, en base a sus preceptos específicos sobre uso de armas de fuego"(163).

(163) Sobre uso de armas de fuego por los funcionarios de la Policía en la R.F.A., cfr.: Ralf KRÜGER, "Polizeilicher Schusswaffengebrauch", 1973; Hermann BLEI, "Probleme des polizeilichen Waffengebrauchs", en JZ 1955, pág.625 y sigs.; Hans-Joachim HIRSCH, en LK, I, Vor parágrafo 51, 139 y sigs.; Martin HIRSCH, "Probleme des Polizeieinsatzes durch den Staatsanwalt", en ZRP, 1971, págs. 206 y sigs.; Volker KREY und Wolfgang MEYER, "Zum Verhalten von Staatsanwaltschaft und Polizei bei Delikten mit Geiselnahme", en ZRP 1973, pág. 1 y sigs.; Ralf KRÜGER, "Die bewusste Tötung bei polizeilichem Schusswaffengebrauch" en NJW 1973, págs. 1 y sigs.; Wilfried LANGE, "Probleme des polizeilichen Waffengebrauchsrechts", en MDR 1974, págs. 357 y sigs.; Georg-Wulf LINDER, "Notrechtsvorbehalte und polizeiliche Praxis", en Die Polizei 1972, págs. 276 y sigs.; Reinhart RUPPRECHT, "Die tödliche Abwehr des Angriffs auf menschliches Leben", en JZ 1973, págs.263 y sigs.; Joachim SCHMIDT, "Nochmals: Die bewusste Tötung bei polizeilichem Schusswaffengebrauch", en NJW 1973, págs.449 y sigs.; Achim von WINTERFELD, "Der Todesschuss der Polizei" en NJW 1972, págs. 1881 y sigs. (este artículo inicia una polémica en la que intervendrán los ya citados Joachim SCHMIDT, y Ralf KRÜGER; Bettlef MERTEN y otros, "Aktuelle Probleme des Polizeirechts", 1977; también, Jürgen BAUMANN, "Rechtmässigkeit der Mordgeboten?", en NJW 1964, págs.1398 y sigs.; K.P.ROTHAUS, "Zur Frage des Schusswaffengebrauchs gegenüber Strafgefangenen", en MDR 1970, págs.4 y sigs.; Paul BOCKELMANN, "Notrechtsbefugnisse der Polizei", en Festschrift für Dreher, págs.235 y sigs.; en general, Gerhard WACKE "Das Bundesgesetz.....

La problemática planteada por el tribunal superior tiene una trascendencia realmente grande ya que ~~difiere de la~~ sentencia anterior con una doble argumentación. Por un lado no excluye la posibilidad de que se hubiese actuado con dolo eventual, en cuyo caso se cumpliría el elemento subjetivo con respecto al resultado justificado. Por otro lado afirma que los preceptos sobre ejercicio del cargo y uso de armas de fuego no tendrían, sin embargo, significación ninguna en los casos de una muerte por imprudencia: "De la misma manera que la causa de justificación de la legítima defensa sólo se da si la acción debía servir para la evitación de una agresión(164), el autor sólo puede apelar a la causa de justificación del cumplimiento del deber si ha efectuado, en base a esa obligación del servicio, una acción homicida como mínimo con dolo eventual. Esto significa que la causa de justificación del ejercicio del cargo no viene al caso para un tipo imprudente"(165).

..... über unmittelbaren Zwang", en JZ 1962, págs.137 y sigs.; DREWS/ WACKE/ VOGEL/ MARTENS. "Allgemeines Polizeirecht", En las citas específicas se han seleccionado sólo aquellos trabajos que tienen relación directa con el tema del uso de las armas de fuego, especialmente en referencia a la conformidad a derecho o no del disparo mortal consciente, y con la legítima defensa o estado de necesidad, en este ámbito del ejercicio del cargo.

(164) Sobre el tema del elemento subjetivo de justificación en delitos imprudentes, referido a una situación de legítima defensa, resulta especialmente interesante el supuesto y la sentencia del OLG HAMM de 23-11-1961 (recogida en NJW 1962, pág.1169) que sirve de base al artículo de Rudolf SCHMIDT, "Subjektive Rechtfertigungselemente bei Fahrlässigkeitsdelikten?", en JuS 1963, págs.64 y sigs.

(165) Sentencia OLG Frankfurt de 12-7-1949. NJW 1950, pág. 119. Otros supuestos manejados en la doctrina en relación a este tema y problemática, son: en la persecución por las calles de una ciudad de unos atracadores que huyen.....

Entre las numerosas consideraciones de tipo dogmático que sugieren las argumentaciones anteriores, es preciso limitar el objeto de la atención, en el presente trabajo, a las suscitadas en relación al elemento subjetivo de justificación y su posible ausencia en caso de realización del tipo imprudente.

En primer lugar hay que resaltar cómo a través de la puesta en cuestión del elemento subjetivo de justificación se concluye, en la sentencia aludida, en la imposibilidad de justificación (y no sólo a través del ejercicio legítimo del cargo(166) de los hechos imprudentes, dado que la argumentación básica se refiere a la necesaria puesta en relación de una voluntad con un resultado típico para que la justificación venga al caso. Esta primera matización--generalización es doblemente significativa ya que, en concreto, existen opiniones doctrinales autorizadas que concluyen, también, que la causa de justificación del ejercicio del cargo no viene al caso para los hechos imprudentes, sin que, sin embargo, esta conclusión tenga nada que ver

..... con el botín, realiza el funcionario un disparo contra los atracadores, que lesiona o mata, en su lugar, a un transeunte.

La problemática también se ha planteado en relación a los disparos de la Policía contra los secuestradores que mantienen en su poder rehenes, y en que, por descuido (!) se hiere o mata, también exclusivamente, a uno de los rehenes . (Cfr.SCHAFFSTEIN, "Handlungsunwert, Erfolgswert und Rechtfertigung bei den Fahrlässigkeitdelikten", en Festschrift für Welzel, pág.575.

(166) Cfr. sentencia cit. en NJW 1950, pág.120, que extiende las argumentaciones a la legítima defensa. Con este carácter generalizable la recoge, también Klaus HIMMELREICH, "Notwehr und unbewusste Fahrlässigkeit", 1971, pág. 5 .

con las razones dogmáticas aducidas por el OLG de Frankfurt. Así JESCHECK(167) no pone en duda la posibilidad general de la justificación del hecho imprudente, con algunas excepciones como las acciones del cargo, en las que el examen concienzudo de la situación por parte del autor se origina en elemento subjetivo de justificación. Al ser en tales casos exigible, al menos, ese "examen conforme a deber" para la justificación, resultará obvio que de no haberse realizado, es decir de haber actuado con infracción del deber objetivo de cuidado, no podrá venir al caso la justificación. Por lo demás, con carácter general, JESCHECK entiende que no es exigible el elemento subjetivo de justificación en los hechos imprudentes(168).

En segundo lugar es preciso reparar especialmente en que toda la argumentación de la sentencia del OLG de Frankfurt gira en torno a una aplicación mecánica del elemento subjetivo de justificación, tal y como se concibió en una estructura dolosa de la acción, a supuestos de estructura imprudente. Ello resulta, a todas luces, insatisfactorio, por ignorar sus especificidades.

Varias son las cuestiones que se suscitan dogmáticamente a la hora de afrontar críticamente la presente problemática y su solución.

2.- Concepto y naturaleza del elemento subjetivo de justificación en hechos imprudentes.

La relativa dificultad con que se sustancia en la moder

(167) Lehrbuch, pág.476/477.

(168) Lehrbuch, pág.477.

na dogmática la cuestión del concepto y naturaleza del elemento subjetivo de justificación en realizaciones de un tipo doloso, se pretende convertir en una casá absoluta cuando se trata de uno imprudente.

La problemática diferencial con respecto a la definición del elemento subjetivo de justificación en el hecho doloso estriba en que en éste la acción se dirige a un resultado típico determinado, dando lugar así, a un desvalor del acto que incluye el denominado "desvalor del resultado"; al trasladar este esquema al ámbito de la exclusión del injusto la doctrina entiende mayoritariamente que el elemento subjetivo de justificación se construye como "valor de la acción", es decir como "contra-valor (normalmente por vía de la "ponderación de valores") frente a la pretensión de un resultado típico (y su consecución). Es decir, que la presencia en todo el proceso de exclusión del injusto doloso de un resultado típico vinculado a una finalidad permite la ordinación natural, a efectos valorativos, del elemento subjetivo de justificación. El razonamiento sería, pues: el que actúa conoce y quiere la realización de un resultado típico, luego para que ello no constituya desvalor(169), excepcionalmente, ha de conocer y querer, también, la causa o situación de justificación.

(169) Se alude al "desvalor" con carácter general, es decir como producto de un juicio global; el que no constituye, excepcionalmente, desvalor, se puede deber ya a que nunca lo constituyó, dada la no pretensión de un desvalor objetivo y dada también la existencia real de un valor del resultado (tº de los elementos negativos del tipo), ya a la presencia de los correspondientes valores-juricidad compensatorios de los desvalores-tipicidad. En cualquier caso, en el texto se alude a la no constitución de desvalor, dado que se concluye en la juricidad o conformidad a derecho.

En la realización de tipos imprudentes, por el contrario, la inexistencia del objeto de referencia, valorativo o desvalorativo, que constituye el resultado típico en los dolosos complica, hasta el punto de imposibilitarla -se dice- la formulación no analógica(170) del elemento subjetivo de justificación.

a.- Si de lo que se trata, sin embargo, es de fundamentar la posibilidad de justificación de los hechos imprudentes con carácter general, tal y como mantiene la doctrina dominante(171), el anterior planteamiento, en caso de aceptarse, ha de concluir en la necesaria no exigencia del elemento subjetivo de justificación, ya que pretender su formulación analógica supone renunciar a la propia categoría dogmática. En caso contrario habría que confirmar la inexistencia del elemento subjetivo de justificación y negar, en consecuencia, la exclusión de la antijuricidad, tal y como hizo el OLG de Frankfurt.

Para demostrar la imposibilidad de aplicar el concepto del elemento subjetivo de justificación a los hechos imprudentes si no es renunciando a su propia esencia dogmática, esgrime un sector de la doctrina dos argumentaciones básicas.

(170) Así, por todos, STRATENVERTH, AT, I, pág.306 (Rdn.1118).

(171) Cfr. Schönke-Schröder-LENCKNER, Vor parágrafo 32, 92; DREHER StGB, parágrafo 15, 15; HIRSCH, LK, I, Vor parágrafo 51, 35; SAMSON, SK, Ahn. zu parágrafo 16, 31; JESCHECK, Lehrbuch, pág.476; WELZEL, Lehrbuch, pág.137/138; STRATENVERTH, AT, I, pág.304 (Rdn.1111); BAUMANN, AT, pág.290; ERSER, Strafrecht, pág. 21 A 18; WESSELS, AT, págs.126/127. Como condición imprescindible para que pueda venir al caso la posibilidad de justificar también acciones imprudentes, hay que partir de la base de que la imprudencia objetiva (infracción del deber objetivo de cuidado) es elemento del tipo del injusto (Cfr. HIRSCH, LK, I, Vor parágrafo 51,35).

La primera de ellas es la que se refiere a la imprudencia inconsciente(172), y responde al siguiente planteamiento: de aplicar las exigencias válidas para los hechos dolosos a la justificación de los imprudentes" no sería posible nunca una justificación en supuestos de imprudencia inconsciente"(173). En este sentido explica STRATENWERTH: "Ya que el que actúa imprudentemente de forma inconsciente no se representa ni siquiera la posibilidad de acaecimiento del resultado, no puede, desde un principio, tener la voluntad de realizar ese resultado en el ejercicio de algún derecho o para defenderse frente a cualquier peligro, etc"(174). Si no se tiene en cuenta el resultado, en estos casos, por parte del que actúa, el elemento subjetivo (que se definía como dirección de la voluntad en la justificación) no puede ya ser el mismo. Se trataría dice STRATENWERTH, aludiendo a la opinión mantenida hasta la segunda edición de su Tratado por JESCHECK, "de una voluntad de defensa que no incluye el resultado típico de la defensa"(175). En tal caso, opina STRATENWERTH, se está modificando el elemento subjetivo para adaptarlo a la imprudencia, pero no se trata ya del mismo elemento.

(172) Cfr., en especial, Klaus HIMMELREICH, "Notwehr und unbewusste Fahrlässigkeit", 1971, cit.

(173) SCHAFFSTEIN, "Handlungsunwert..." cit. pág.576/577.

(174) AT, I, pág.306 (Rdn. 1118).

(175) Cfr. STRATENWERTH, AT, I, pág.306 (Rdn. 1118); JESCHECK, Lehrbuch, 2ª edic., pág. 443.

La segunda argumentación de las aludidas antes, es la esgrimida por BLANKE que, por decirlo así, prosigue el razonamiento a partir del punto en que lo deja STRATENWERTH. Según esta argumentación la desvinculación de la imprudencia respecto de la dirección de la voluntad de justificación hacia el resultado típico de la propia acción de justificación, no sólo produce esa necesidad de reformulación del elemento subjetivo de justificación en los hechos imprudentes, sino que impide la posibilidad de valoración social de esa dirección de la voluntad. De tal forma que tampoco la definición del elemento subjetivo de justificación como "pretensión de un actuar de forma plenamente valorada socialmente", en la línea de MAURACH(176), resultaría válida para el tipo imprudente. Así BLANKE pone de manifiesto cómo esa plena valoración social tiene mucho que ver con los bienes jurídicos que entran en juego en la mente del autor(177). Sólo es preciso reflexionar, brevemente, sobre la plena valoración social en la legítima defensa o en el estado de necesidad, por ejemplo, para comprender el sentido de dicho razonamiento(178). Pues bien, es esa entrada en juego de los bienes jurídicos concretos (en conflicto) la que no puede producirse en los supuestos de imprudencia, en los que falta, por definición, el conocimiento y volición de un concreto resultado típico.

(176) AT, pág.551. (43,II,C)

(177) BLANKE, "Die subjektiven..." cit, pág. 161 y 162.

(178) En este sentido, y referido al ámbito de la legítima defensa y la imprudencia inconsciente, cfr. Klaus HEDMEL-REICH, ob.cit. pág.4.

Es importante resaltar que se acepte, o no, el anterior planteamiento de BLANKE, no queda alterado por el hecho de que el resultado ulteriormente realizado estuviese "objetivamente justificado". Este dato resultará relevante, según su razonamiento, para resolver desde una determinada teoría (la de la justificación separada) la cuestión de la justificación en el ámbito de la imprudencia, pero nada tiene que ver con la pretensión de definir el elemento subjetivo como voluntad de actuar de forma plenamente valorada socialmente. Esto, concluye BLANKE, sólo es posible en tanto que el resultado concreto haya sido tenido en cuenta para la acción(179).

Como es obvio ambas argumentaciones constituyen una auténtica línea dogmática con relación de continuidad, además de participar de un mismo punto dogmático de partida y de unas idénticas conclusiones. Como alternativa vinculada a una concepción "ponderatoria" de la exclusión del injusto a través de la teoría de la justificación separada, estas opiniones concluyen que el elemento subjetivo de justificación no puede "compensar" la parte subjetiva del hecho imprudente(180), por lo que, sin renunciar al

(179) Lo que tampoco ocurre en los casos de imprudencia consciente, ya que si el autor confía en la no producción de un resultado conocido como posible, entonces no lo está incluyendo, realmente, en la orientación de su acción.

(180) Cfr. BLANKE, "Die subjektiven..."cit.pág.164. Además de las argumentaciones, ya conocidas, la doctrina ha manejado otras. Dejando al margen aquel sector exclusivamente objetivista en cuanto a la concepción del injusto y de su exclusión, es curioso destacar la opinión de Rudolf SCHMIDT ("Subjektive..."cit.pág.68) que fundamenta esa imposibilidad de compensación mediante la afirmación de que no hay nada subjetivo que compensar en la imprudencia, porque "ese tipo subjetivo no contiene ningún auténtico elemento subjetivo específico, sino simplemente la pura constatación negativa de que no existe dolo...".

citado elemento subjetivo para la justificación de los hechos dolosos y superando la antigua concepción de que la justificación sólo viene al caso para hechos dolosos, imponen la necesidad de sustanciar la cuestión desde el punto de vista del injusto subsistente.

En efecto, la formulación completa de esta opinión doctrinal responde al siguiente planteamiento: el elemento subjetivo de justificación no puede compensar el injusto personal (indicio de antijuricidad de la parte subjetiva) del hecho imprudente, ya que la formulación del elemento subjetivo como "conocimiento-volición de la justificación", es decir, de sus presupuestos objetivos, sólo es apta para la compensación de una estructura dolosa del hecho, es decir de una pretensión de un resultado típico; la infracción del deber objetivo de cuidado no se ve afectada a nivel compensatorio, por el anteriormente definido elemento subjetivo, ya que éste se refiere a otra esfera valorativa. En consecuencia el elemento subjetivo de justificación no juega ningún papel en la exclusión del injusto imprudente. De ello hay que deducir que el "injusto de la acción" subsiste en estos supuestos, pero al existir realmente la situación objetiva de justificación no puede haber "injusto del resultado", y sólo si estuviese penado el injusto de la acción imprudente sin desvalor del resultado (tentativa imprudente) podría punirse tal conducta(181).

(181) Así, JESCHECK, Lehrbuch, pág.477; STRATENWERTH, AT, I, pág.306 (Rdn.1121); BLANKE, "Die subjektiven..."cit.pág. 164 y sigs.(165); SAMSON, SK, 16, 32; SCHAFFSTEIN, "Handlungsunvert..."cit.pág.573/574; Schönke-Schröder-LENCNER, Vor parágrafo 32,97 y sigs.(99). Merece la pena, por su valor de síntesis, destacar las palabras de SAMSON al respecto: "Los elementos subjetivos de justificación no juegan ningún papel en el delito imprudente. Ya que

Este planteamiento dogmático sólo es posible si se aceptan los presupuestos de la teoría de la justificación separada, en donde el elemento subjetivo de justificación cumple, exclusivamente, la función de "compensar el injusto de la acción sin afectar al injusto del resultado" -como dice SAMSON(182)- y en la que, como se sabe, cobra plena coherencia la conversión del resultado en desvalor o valor con independencia de su vinculación a una finalidad.

Porque, como coherentemente señala BLANKE(183), aunque la teoría de la congruencia pudiese aceptar el paralelismo compensatorio -por separado(184)-, es decir que lo subjetivo se refiere a lo subjetivo y lo objetivo a lo objetivo, se vería imposibilitada para afirmar la exclusión del injusto cuando falta el elemento subjetivo, aunque exista el objetivo, ya que tiene que concluir, en todo caso, en la exigencia de congruencia entre ambos para que se produzca el efecto pretendido. El paralelismo, pues, no produce efectos en la teoría de la congruencia(185).

..... esos elementos sólo cumplen la función de compensar (aufheben) el injusto de la acción y no afectan al injusto del resultado, queda excluida la punición a causa de un delito imprudente de resultado cuando el autor actúa en situación objetiva de justificación y no lo sabe. En tal caso queda excluido ya el injusto del resultado, de forma que la penalización sólo vendría al caso excepcionalmente allí donde estuviere penada la imprudencia sin resultado (tentativa imprudente)".

(182) SK, parágrafo 16, 32.

(183) Ob.cit.págs.159 y sigs.(163)

(184) Cfr. supra pág.215/216 y 218

(185) Cfr. supra pág. 218

Pero además de la aceptación de los presupuestos de la justificación separada que supone esta solución, la concepción del desvalor del resultado sobre la que se sustenta resulta muy significativa. Porque lo que resulta evidente en estos casos es que se da una infracción del deber objetivo de cuidado que produce un resultado, por lo que la tipicidad imprudente es obvia, y en el plano del injusto ese resultado vinculado a un desvalor de la acción sólo podría dejar de ser "desvalor de resultado" en la medida en que se considere que éste no consiste en un resultado (típico) vinculado a un desvalor de la acción (en este caso imprudente), sino en un resultado (típico) no justificado vinculado a un desvalor de la acción (imprudente). Indirectamente se concluye, pues, en la concepción valorativa de los elementos negativos del tipo(186). Por eso existe, también, una inevitable relación entre la punición de la tentativa, en los casos de error inverso que nos ocuparon anteriormente, y la posibilidad de renunciar al elemento subjetivo de justificación en los hechos imprudentes, ya que, en último extremo, todo el planteamiento es reconducible al ejercicio de una opción entre dos alternativas: o bien la existencia de una situación objetiva incide, por

(186) Lo cual es especialmente chocante en JESCHECK (Cfr. Lehrbuch, pág.200) y en LENCKNER (Cfr. Schönke-Schröder, Vor parágrafo 13, 17) y no deja de serlo también en STRATENWERTH, dada su concepción del tipo como continente de las circunstancias fundamentantes del injusto (Cfr. AT, I, págs.67 y sigs. esp. pág.69, Rdn.171) aunque haya que tener en cuenta sus matizaciones tendentes a superar la clásica discusión sobre la estructura doble o triple del delito. Estas matizaciones no justifican, a mi entender, sin embargo, la ubicación doctrinal de STRATENWERTH entre los representantes de la teoría de los elementos negativos del tipo, como pretende, en nuestra doctrina, RODRIGUEZ MOURULLO (Derecho Penal, Parte General, 1977, pág.250;

su simple existencia, en el grado del injusto (tentativa o consumado -tanto en el doloso como en lo imprudente-) o bien es intrascendente desvinculada de un elemento subjetivo.

Si se ejercita la opción en el sentido de la primera alternativa el camino dogmático a seguir para solucionar los supuestos de "justificación" de los hechos imprudentes ha de ser el que se acaba de exponer. Ejercitada, sin embargo, en el sentido favorable a la segunda alternativa, tal y como ya se hizo en este trabajo anteriormente, resta, todavía, por definir ese "elemento subjetivo" al que vincular la existencia de la situación objetiva de justificación, para poder concluir no sólo en la posibilidad de justificación del hecho imprudente, sino también en la exigencia de un elemento subjetivo para la misma. Desde la teoría finalista tradicional se trataría, pues, de mantener la exigencia del elemento subjetivo para la justificación del hecho imprudente, tal y como, por lo demás, mantiene un mayoritario sector de la doctrina(187), pero sin alterar la definición del mismo. No se tratará de conseguir su "adaptación" (analógica) a los supuestos de imprudencia, sino de mantenerlo como "conocimiento-volición de la causa de justificación".

..... distinto LENCKNER, en Schönke-Schröder StGB Kommentar, Vor parágrafo 13, 15.

(187) WELZEL, Lehrbuch, pág.97 (en relación al consentimiento); MAURACH, AT, pág.554; HIRSCH, LX, I, Vor parágrafo 51, 40; ZIELINSKI, ob.cit. págs.255 y sigs.(256); GEPPERT, Rechtfertigende "Einwilligung des verletzten Mitfahrers bei Fahrlässigkeitsstraftaten im Strassenverkehr", en ZStV 1971, (tomo 83), pág.979; ESRER, Strafrecht II 21 A 21 a; NIESE, "Finalität..." cit. pág.47 (nota 72); NOLL, "Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe im besonder die Einwilligung des Verletzten", 1975, págs.56/57; también JESCHKE lo mantuvo en la 2ª edición de su Lehrbuch (pág.445).

Desde la concepción "evolucionada" del injusto personal aquí mantenida se habrán de introducir las correspondientes matizaciones, críticas y correcciones, teniendo en cuenta que, en esta concepción, el elemento subjetivo de justificación, en el sentido antes apuntado, constituye el presupuesto para la valoración social de la conducta.

b.- Cuando NOLL, que paradójicamente es uno de los autores que más estrictamente ha defendido el principio de la "ponderación (separada) de valores" en la teoría de la exclusión del injusto (188), manifiesta, al tratar sobre las causas de justificación (no sólo sobre su elemento subjetivo) en el delito imprudente, que también los tipos de la justificación son aplicables a los delitos imprudentes, lo argumenta de la siguiente manera: "Sólo aparentemente se opone esta solución al principio según el cual el que apela a una causa de justificación tiene que haber actuado con conciencia y voluntad de la situación justificante. Pues no es, de ninguna manera, necesario que el que actúa conforme a derecho tenga que haber querido, también, el resultado de su acción, es decir la lesión" (189).

Varios aspectos son destacables de la anterior concepción. Así la puesta en relación entre la inexistencia del

(188) Cfr. especialmente, "Tatbestand und Rechtswidrigkeit: Die Wertabwägung als Prinzip der Rechtfertigung", en ZStW 1965, (tomo 77), págs. 1 y sigs.; también "die Rechtfertigungsgründe im Gesetz und in der Rechtsprechung, en Schw-ZStr 1964, págs. 160 y sigs., y Übergesetzliche Milderungsgründe aus vermindertem Unrecht", en ZStW 1956, (tomo 68), págs. 181 y sigs. Cfr. críticamente, infra, págs. 434 y sigs.

(189) NOLL, "Übergesetzliche..." cit. pág. 56.

elemento subjetivo de justificación y la imposibilidad de justificar el injusto imprudente. Es decir, que si se polemiza en la doctrina no objetivista en cuanto a la concepción de la justificación, sobre la posibilidad de justificar hechos imprudentes, en general, es, precisamente, por la argumentación de que en ellos no puede afirmarse, conceptualmente, el elemento subjetivo necesario. A ello obedece, como se vió, la sentencia del OLG de Frankfurt de 12-7-1949(190). La vía escogida por la doctrina, antes vista, del reconocimiento de su inexistencia y, a pesar de ello, concluir en la exclusión del injusto por inexigencia del elemento subjetivo, no hace más que evitar la cuestión, reconduciéndola hacia un objetivismo incompatible con el injusto personal (moviéndose, sin embargo, en una concepción "ponderatoria" a través de la teoría de la justificación separada).

Pero lo realmente destacable de la argumentación de NOLL, en cuanto punto de partida, aunque no cronológico, para una opinión doctrinal alternativa a la anterior, es la posibilidad de desvinculación que establece entre el elemento subjetivo de justificación y el resultado típico, a efectos valorativos de la conducta. Es decir, se trata de valorar, como dice HIRSCH(191) "acciones imprudentes en el ámbito de un acto voluntario de justificación"; esto significa, simplemente, que "no se parte de supuestos de justificación inconsciente".

Esta constatación de que se tiene que estar consien-

(190) En este sentido, también, HIMMELREICH, ob.cit.pág.5.

(191) En LK, I, Ver parágrafo 51, 40.

temente en la justificación, también en la imprudencia, posibilita una serie de argumentaciones, y entre ellas, y en primer lugar, la contraocrítica frente a una de las fundamentaciones básicas de la teoría de la "no exigencia", como es la supuesta imposibilidad de justificación de la imprudencia inconsciente si se exige el elemento subjetivo. En efecto, en la medida en que ésta se define, en su factor "inconsciencia", por la imprevisión (aunque previsibilidad) o no representación del resultado o resultados típicos, en nada se muestra incompatible con la presencia del elemento subjetivo de justificación, y, en consecuencia, con la posibilidad de su justificación, ya que el elemento subjetivo lo es en relación a la justificación y no al resultado típico.

En esta vía argumental, con pretensión de elaboración dogmática general y, por tanto, no reducible sólo al tema de la imprudencia inconsciente, resuelven tanto NIESE como VELZEL el caso de los policías de fronteras. Así, según el primero de los autores citados, el defecto de esa sentencia del OLG de Frankfurt consiste en la confusión del dolo y el elemento subjetivo de justificación(192), es decir, en la referencia de éste al resultado típico, cuando lo cierto es, según esta opinión, que el elemento subjetivo se ha de referir a la acción a justificar (en el supuesto en cuestión al uso de armas de fuego) y, por tanto, se da con independencia del problema del dolo, es decir de si quería matar o no(193). Para llegar a esta conclusión es fundamental, sin embargo, que la situación de justificación

(192) "Finalität..." cit.pág.47 (nota 72).

(193) "Finalität..." cit.pág.48 (nota 72 cont.).

se diese objetivamente en relación con un resultado típico. Por eso tanto NIESE(194), como VELZEL(195), como NOLL(196 bis) parten, y a la vez concluyen, de que los funcionarios actuaban conforme a derecho en tanto en cuanto habrían estado autorizados para matar (o cualquier otro resultado) dolosamente. Y por eso, también, es posible aplicar, consecuentemente, la teoría de la congruencia en estos supuestos, ya que en ellos se daría la exigida "congruencia" entre lo objetivo y lo subjetivo en la justificación.

Ahora bien, la citada desvinculación del elemento subjetivo de justificación respecto al resultado conduce a que aquél se llene de contenido en cuanto "voluntad dirigida a un actuar socialmente valorado de forma positiva", según formulación de MAURACH(196). Y así, señala BLANKE(197), cómo la solución dada por NIESE al supuesto de los policías de fronteras tiene por base esta formulación del elemento subjetivo de justificación. Al no ser posible, sin embargo, -prosigue BLANKE- la plena valoración social si no es haciendo intervenir, también al resultado típico tenido en cuenta para la acción, el planteamiento anterior se vuelve contra sí mismo. Y se vuelve contra sí mismo -dice- incluso desde el punto de vista de la "necesidad" como principio general para la justificación, es decir como concepto continente de esa plena valoración social al

(194) "Finalität..." cit. pág.47/48 (nota 72)

(195) "Das neue Bild..." cit. pág.36 (3ª edición)

(196) AT, pág.551.

(197) Ob.cit.,pág.159.

(195 bis) "Übergesetzliche..." cit. pag. 57

dida anteriormente, ya que si lo plenamente valorado socialmente es lo "necesario" (en el ámbito de la justificación), esto no podrá ser afirmado más que en relación al resultado típico, es decir en relación a los bienes jurídicos puestos en juego presentes en la mente del que actúa en el momento de su acción(198).

Es preciso reparar, sin embargo, que también este razonamiento es sólo aparentemente cierto, o mejor dicho, es sólo aparentemente coherente con la conclusión que de él se pretende extraer.

En efecto, también desde la opinión contraria se puede mantener la realidad de la existencia de una puesta en relación comparativa de naturaleza valorativa, en la mente del que actúa, que también puede tener que ver con distintos bienes jurídicos, sin que ello aparezca como incompatible con la afirmación de que la exigencia del elemento subjetivo de justificación para la de los hechos imprudentes se relaciona con actos imprudentes en el ámbito de un acto voluntario de justificación. Esto es especialmente claro en los supuestos de imprudencia consciente, lo cual no quiere decir que en los de imprudencia inconsciente no ocurra. Obsérvese que en el caso de los policías de fronteras la realización consciente de los disparos de advertencia (es decir, la actuación voluntaria en el ámbito de la justificación) supone ya una puesta en relación valorativa entre el peligro que tal acción genera y el bien jurídico implícito en el cumplimiento del deber. Y, todavía más, incluso si el caso actual no se afronta como un supuesto de dolo eventual, tal y como correspondería a mi entender, la natu

(198) Cfr. BLANKE, ob.cit. pág.161.

raleza consciente de la imprudencia permite afirmar, en un plano meta-jurídico, que de alguna manera la representación del resultado dentro de un acto voluntario de justificación conlleva, ya, una referencia valorativa entre bienes jurídicos en la mente del autor, aunque el contenido subjetivo de la voluntad se exprese, en términos penales, como dirección de la misma hacia la acción de justificación y no hacia el resultado de la acción(199).

En resumen habría que decir, pues, que no sólo la puesta en relación (en la mente del que actúa en el momento de su acción) entre dos lesiones típicas de bienes-intereses jurídicos en concreto permite la afirmación de la valoración social de su pretensión-acción, sino también la puesta en relación, exclusiva o añadida a la anterior, con la generalidad de los bienes jurídicos afectables por la generación del peligro immanente a la infracción del deber objetivo de cuidado. El ejemplo, también utilizado en la doctrina, del funcionario de policía que persigue a un delincuente por las calles de la ciudad, utilizando contra el mismo su arma de fuego y "causando", sin embargo, la muerte de un transeúnte, muestra con especial claridad el contenido de la anterior afirmación. En efecto, obsérvese que, tomada la conducta del funcionario como totalidad, en su mente es constatable un doble proceso valorativo; uno de ellos está inmerso en una estructura dolosa de la acción de justificación (quiere lesionar o matar (?) al delincuente en el ejercicio de su cargo, es decir, para la

(199) En este sentido, OLG Hamm, sentencia de 23-11-1961. en NJW 1962, págs.1169 y sigs., referido a la legítima defensa de forma crítica frente a la sentencia del OLG Frankfurt sobre los policías de fronteras. Cfr. también, HIMMELREICH, ob.cit. pág.6/7.

conservación del bien jurídico implícito en el cumplimiento de su deber), y otro en una estructura imprudente de la acción (quiere el peligro y se representa, o no, la posibilidad del resultado muerte o lesiones de algún transeúnte). Pero, aún aceptando sólo la existencia del primero de los procesos valorativos en el que actúa, lo que en todo caso resulta indiscutible es que la muerte del transeúnte se ordenaría, en su caso, en un hecho imprudente, sin que ello, sin embargo, excluya la realidad de que es constatable en la conducta del funcionario un proceso valorativo comparativo entre bienes jurídicos cuando disparó contra el delincuente.

Todo ello demuestra, a mi entender, que la idea de la actuación en el ejercicio consciente o voluntario de la justificación es capaz de llenar el contenido como valoración social de las acciones imprudentes.

Lo que ocurre con el planteamiento de BLANKE es que llega a la conclusión opuesta, y por tanto, a mi entender, errónea, por el mecanicismo dogmático con que utiliza el razonamiento; mecanicismo al que no es, ni mucho menos, ajena la concepción "ponderatoria" de la exclusión del injusto en que se fundamenta. Esta estricta concepción se manifiesta en la medida en que los bienes jurídicos son colocados, en su argumentación, en una situación de conflicto, y la resolución de ese conflicto se concibe "ponderando" separadamente(200) (es decir, paralelamente) los

(200) A mi entender, sin embargo, también su "poderación" mediante la congruencia", incurriría en el mismo defecto, ya que éste tiene su origen, no tanto en la justificación "separada" (lo que constituye un defecto adicional), como en la concepción de la exclusión del injusto como "ponderación de valores".

valores subjetivos y los objetivos. En definitiva su razonamiento responde realmente a la formulación de que frente al desvalor (tipicidad) de un resultado querido (bien jurídico a sacrificar) tiene que existir el valor de otro resultado típico a evitar (bien jurídico a conservar), ya que para que pueda hablarse de valoración social de la dirección de la voluntad tiene que constatarse la existencia de un valor de acción definido por la pretensión de conservación de un bien jurídico, frente al desvalor de la acción que implícita la pretensión de un resultado típico. Puesto que sólo lo "necesario" puede estar valorado socialmente -proseguiría el razonamiento- y lo "necesario" (es decir, lo que consigue la "ponderación") es el querer sacrificar un bien jurídico para salvaguardar otro, la relación de la voluntad con el resultado típico será imprescindible, ya que la valoración social de la dirección de la voluntad se define -según estima, mecánicamente, BLANKE- por la puesta en relación a la hora de actuar entre bienes jurídicos en conflicto y sus lesiones típicas y por su "proporción" o "capacidad de ser ponderados" mutuamente.

Además de las críticas o correcciones a que anteriormente ha sido sometido el trasfondo de este planteamiento, resulta ahora que, en el tratamiento a que lo somete BLANKE, se desvela una lamentable confusión entre la "necesidad", que se refiere a la acción(201), y la "proporcionalidad", que lo es en relación al resultado. Pero es que,

(201) Tal y como reconoce el propio Rudolf SCHMIDT ("Subjektive..." cit. pág. 64), a quien destaco aquí por su especial radicalidad en la defensa de la inutilidad (ya no sólo inexigencia dogmática) del elemento subjetivo de justificación en la imprudencia.

además, la anterior concepción pone de manifiesto un inadmisibile intento de generalización a todas las causas de justificación de lo que corresponde, en su caso, sólo al estado de necesidad. Por ello resultan válidas, además, todas aquellas críticas que se han dirigido contra las "teorías de la colisión"(202) (de intereses o de bienes), también en sus vertientes de la "ponderación" o del "interés preponderante", en incluso contra la "teoría del fin", a la que considero una variante de la primera.

Por otro lado, y finalmente, la concepción sobre el in justo que antes se ha desvelado en la formulación de BLANKE, es contradictoria con la vía escogida por este autor para solucionar, a través de la justificación separada, la justificación del hecho imprudente. Porque, como se vió, esta solución (por lo demás no exclusiva, ni mucho menos, de BLANKE(203)) consistente en la afirmación del valor del resultado, dada la existencia de la situación objetiva de justificación, pero de la no existencia del de la acción, (ya que en la imprudencia no se puede exigir elemento subjetivo de justificación) y, a pesar de ello, declarar la impunidad ya que la tentativa imprudente no es punible, esta solución -se decía- sólo es mantenible confluyendo en la concepción valorativa de la teoría de los elementos negativos del tipo, y ésta no puede mantener coherencia, por otro lado, con la necesidad dogmática, sentida por BLANKE, de compensar "desvalores-tipicidad". Es decir, que si BLANKE y otros afirman que existe "valor del resultado" por

(202) Cfr. al respecto, LUZON PEÑA, "Aspectos esenciales de la legítima defensa", 1978, págs. 89 y sigs.

(203) Cfr. supra pág. 276, nota 284.

(204) Cfr., respecto a la imprudencia, supra págs.

la mera existencia de la situación objetiva de justificación es porque consideran que el desvalor del resultado no es tanto la lesión-puesta en peligro de un bien jurídico (puesta en relación con una acción final), sino la lesión-puesta en peligro (objetivamente) antijurídica de un bien jurídico,⁽²⁰⁴⁾ lo cual resulta incompatible con la pretensión de establecer, sin embargo, el valor de la acción en base a la compensación del "desvalor---tipicidad de la misma. Estas "compensaciones" de desvalores-tipicidad son como se sabe, opinión clásica de los defensores del injusto personal que lo son, además, frente a la teoría de los elementos negativos del tipo⁽²⁰⁵⁾.

c.- Así pues, la opinión doctrinal que parte de la consideración de que en la justificación de hechos imprudentes se trata de actos voluntarios de justificación, y por ello es exigible, aquí también, el elemento subjetivo pertinente, se muestra perfectamente capaz de rellenar dicho elemento como "valoración social de la dirección de la voluntad"; sólo una errónea concepción de la acción en la imprudencia inconsciente podría mantener alguna diferencia, al respecto, entre ésta y la consciente o con representación: la no representación del resultado efectivamente acaecido, en condiciones de previsibilidad objetiva del mismo, no implica la imposibilidad de actuación consciente de la

..... Entiendo que, en general, la concepción sobre el desvalor del acto que subyace a la teoría de los elementos negativos del tipo queda desvelada con mayor claridad en relación al tema del error sobre los presupuestos de hecho de la causa de justificación (Cap.III), es decir en los supuestos inversos a los que se están tratando aquí. Por ello ha sido tratado in extenso en el citado Capítulo.

(205) Cfr., por todos, HIRSCH, "Die Lehre..." cit.págs. 245 y sigs.

causa de justificación(206).

Esta óptica se muestra capaz, también, de corregir las opiniones que como la de JESCHECK, ya conocida, niegan la posibilidad de justificación de los hechos imprudentes en aquellas causas de justificación en que, como en el ejercicio del cargo, se exige, como mínimo, la realización del exámen conforme a deber de los presupuestos de hecho de la justificación para que ésta se produzca. La problemática suscitada en esta construcción dogmática es especialmente interesante por introducir el criterio del "exámen conforme a deber", de nuevo, en el tema de la exclusión del injusto. Sin embargo las consecuencias que se deducen de esta "entrada en escena" de dicho criterio no tienen por qué ser la negación de la justificación de los hechos imprudentes en estos casos.

En efecto, si, por un lado, se mantiene la importancia de hacer jugar el criterio del "exámen conforme a deber" en los supuestos, en concreto ahora, de justificación de la imprudencia en el ejercicio del cargo es porque no pasa desapercibido el peligro que encierra la opinión, no matizada, de la referencia del elemento subjetivo a la justificación en los supuestos de hechos imprudentes. En su más elemental formulación éste planteamiento podría ^{conducir} a la justificación de la acción y de todos los resultados típicos no queridos que de ella se deduzcan, en cuanto se

(206) En contra, HIMMELREICH, ob.cit. pág.49(esp.), en base a una concepción de la imprudencia consciente o con representación que cifra su contenido del injusto en una pura objetividad.

constatase que el titular del cargo "conocía-quería" ejercer una situación objetiva de justificación. Esta generalización, que podría convertir la argumentación en una auténtica "patente de corso" para actuar imprudentemente, es reducible a sus estrictos términos mediante el criterio del "examen conforme a deber" de la situación, que "afecta a la apreciación objetiva, ex ante, de la situación de justificación o confluye en ella"(207), y que, en consecuencia, afecta a la "necesidad" de la acción de justificación.

En lo que ahora interesa esto quiere decir que si bien resulta obvio que la realización del examen conforme a deber imposibilita determinadas conductas imprudentes de resultado, por confirmar la corrección de la apreciación ex ante, y, en este sentido, la "necesidad" de lo actuado (con lo que la problemática de la justificación del hecho imprudente dejaría de existir, por haberlo dejado de hacer el propio hecho imprudente), si bien esto resulta obvio -se decía- ello no quiere decir que con la realización del "examen conforme a deber" desaparezcan todas las posibilidades de subsistencia de un hecho imprudente, al que vincular causalmente un resultado; la sentencia del OLG de Frankfurt, referida a los policías de fronteras sería una demostración de ello.

Pues bien, negar en estos supuestos la posibilidad de justificación de los hechos imprudentes resulta infundamentado y, una vez más, mecanicista, a la vez que supone incidir, de nuevo, en el error de penar por lo imprudente donde

(207) Armin KAUFMANN, "Zum Stande der Lehre...cit.pág.401.

no se haría por lo doloso, ya que en estos sí se podría afirmar tanto el elemento objetivo como el subjetivo de justificación, por lo que ésta vendría al caso inmediatamente.

Es decir, que no se puede mantener, como hace JESCHECK, la imposibilidad de justificar los hechos imprudentes en el ámbito del ejercicio del cargo a causa de la contradicción que ello supondría, dado que en ellos se exige, como mínimo, la realización de un examen conforme a deber de la situación (es decir, la inexistencia de imprudencia). Esta argumentación no es válida desde el momento en que, como se ha visto, existen supuestos de imprudencia a pesar de haber realizado el que actúa un examen concienzudo de la situación, y ser estos supuestos justificables, sin embargo, dada la existencia del elemento subjetivo y del objetivo. Otra cosa es que se exija además, (o bien para la conformación del elemento objetivo) -tanto para la justificación de las acciones dolosas como de las imprudentes- la realización del examen conforme a deber de la situación en el ejercicio del cargo. Ello tiene que ver, sin embargo, con el tema del error, y no, ya, con el del elemento subjetivo de justificación en la realización del tipo imprudente.

En el tema del error hay que entrar, pues, inevitablemente. Pero antes es preciso dejar concluido el tantas veces suscitado, hasta ahora, de la relación entre la finalidad de justificación (elemento subjetivo) y la situación objetiva. Si, como se dijo, la existencia de la situación objetiva de justificación no tiene ninguna relevancia penal desvinculada de una finalidad dirigida hacia ella,

y por ello, entre otras razones , se pudo afirmar anteriormente la punibilidad del delito consumado para los casos de error inverso sobre los presupuestos objetivos de la causa de justificación, ahora hay que decir que es esta misma relación de la finalidad con la situación objetiva de justificación la que permite fundamentar la exigencia del elemento subjetivo para la exclusión del injusto imprudente y la relevancia penal de la existencia de la situación objetiva.

Ahora bien, a la hora de plantearse la cuestión de la exclusión del injusto, en general, hay que tener en cuenta que, a mi entender, el elemento objetivo de la justificación no puede definirse, según el injusto personal, por la existencia de la situación objetiva de justificación, sino por la constatación de lo correcto, objetivamente pero "ex ante", de la apreciación de la situación. Ello, como se verá, es exigencia ineludible de esta puesta en relación de la finalidad con el resultado-justificación.

VI.- CONCLUSIONES

1).- "Motivo" (o móvil) y "elemento subjetivo de justificación" son conceptos perfectamente diferenciables. Los "motivos" (o móviles) no forman parte del elemento subjetivo de justificación, por lo que éste no se ve afectado "parcialmente" por la existencia de un "motivo" (móvil) desfavorable. No se dá, en tal supuesto, un elemento subjetivo de justificación parcial, es decir no total, como podría deducirse de una concepción englobante de tales "motivos" (móviles), como partes, en el elemento subjetivo, sino que sus presencias o ausencias en nada se afectan, actúan como círculos concéntricos.

Esta conclusión es apta para trascender el acotado espacio jurídico de los injustos típicos contruidos específicamente en base a elementos subjetivos y de su exclusión, y aplicable, también, a la más general de la exclusión del injusto "aumentado" por determinados "motivos" (móviles) o "intenciones", especialmente en supuestos de existencia putativa de la situación de justificación.

2).- El elemento subjetivo de justificación es conocimiento de la situación de justificación, o más explícitamente es "conocimiento-volición" de la justificación, en la medida en que "actuar en conocimiento" implica la volición pertinente; es decir, el elemento subjetivo de justificación es, más propiamente, la dirección de la acción hacia la causa de justificación.

3).- El desvalor del resultado, que es el desvalor de la finalidad con capacidad y poder de resultado, tiene valor aumentante del injusto, e incide, por tanto, sobre un injusto ya constituido por el desvalor de la acción. Ello hace posible afirmar la identidad, en lo esencial, del injusto del delito consumado y del intentado, y fundamentar, sin embargo, su diferente (no necesariamente) punición, al tiempo que permite afirmar la identidad del objeto de la norma de determinación y del de la de valoración. Esto es aplicable al injusto doloso y al imprudente.

4).- Tanto la teoría de la congruencia como la de la justificación separada resultan incompatibles con la teoría finalista del desvalor del acto.

5).- La conclusión de que quien mantiene la naturaleza de "error de prohibición" de los casos de error sobre la situación de justificación (teoría estricta de la culpabilidad) tiene que afirmar también un delito ideal impune en los supuestos de error inverso, resulta irrefutable. Ello coloca a sus defensores en la incoherencia de tener que afirmar la impunidad a pesar de la inexistencia del elemento subjetivo de justificación del hecho doloso. Tampoco la teoría de la congruencia es capaz de resolver con una dogmática consecuente los casos de inexistencia exclusiva del elemento subjetivo de justificación.

6).- Los supuestos de error inverso sobre la situación de justificación deben sustanciarse en la punición del delito doloso consumado, sin que ello implique una concep-

ción absolutamente desnormativizada del tipo. (*Volus naturalis*").

7).- En la justificación de hechos imprudentes se trata de actos voluntarios de justificación y por ello es exigible, aquí también, el elemento subjetivo pertinente, que sigue siendo "conocimiento-volición/ de la justificación, y que se rellena como "valoración social de la dirección de la voluntad".

8).- El examen conforme a deber "de la situación de justificación" (en concreto en el ejercicio del cargo) no puede construirse (ni confundirse) como elemento subjetivo de justificación, sino que tiene que ver con el tema del error.

CAPITULO III

EL ERROR SOBRE LOS PRESUPUESTOS OBJETIVOS DE LA CAUSA DE JUSTIFICACION; EL VALOR DEL "EXAMEN CONFORME A DEBER" (PFLICHTGEMÄSSE PRÜFUNG).

SUMARIO

- I.- Introducción. El privilegio estatal del error y el "riesgo permitido".
- II.- Concepto y supuestos de "riesgo permitido". Su interrelación referencial con la "adecuación social" y el "deber objetivo de cuidado".
- 1.- La teoría de WELZEL: Riesgo permitido y adecuación social.- Riesgo permitido y juicio de adecuación.- Ordinación en el deber objetivo de cuidado.
 - 2.- La interrelación referencial de estos conceptos en la doctrina.
 - a) Riesgo permitido y deber objetivo de cuidado.- Conclusión.
 - b) El deber objetivo de cuidado y la adecuación social.- Crítica de la teoría de la adecuación social en este contexto.- Conclusión.
 - 3.- De nuevo, "riesgo permitido" y "juicio de adecuación": búsqueda de una concepción que supere los términos de la causalidad.
 - a) La teoría del "incremento del riesgo", de ROXIN
 - b) El "cuidado objetivo" y las "reglas de conducta"

- c) La doble conformación del riesgo permitido: el RP no causal y que abandona toda referencia a la adecuación social; la teoría causal de la adecuación en WELZEL y en ENGELSCH.- Reconducción dogmática de la teoría del incremento del riesgo y crítica de la del "desvalor de la relación" y "quebrantamiento de la paz jurídica", de LAMPE.

4.- CONCLUSION: Aproximación al concepto de "infraacción del deber objetivo de cuidado".

5.9 La aplicación al concepto penal específico de conformidad a derecho del ejercicio del cargo, en concreto, a la problemática del "examen conforme a deber" y los casos de error sobre los presupuestos de hecho de la causa de justificación.

III.- Las teorías de la culpabilidad en el error sobre los presupuestos de hecho de la causa de justificación.

1.- Las bases de la polémica doctrinal

1.1.- "Imprudencia de hecho" e "imprudencia de derecho" en los citados casos de error.

1.2.- El problemático concepto de "dolo"

- a) La reacción de la teoría de los elementos negativos del tipo frente a las consecuencias de la teoría estricta de la culpabilidad.
- b) Dolo del tipo y conocimiento de la lesión de un interés en la teoría estricta de la culpabilidad.- Crítica de ENGELSCH.- Contracritica y conclusión.

- 1.3.- La naturaleza del error: su origen fáctico y su consiguiente naturaleza cognitiva, en la base de la teoría limitada de la culpabilidad.- Las aportaciones "desde fuera" de HARDWIG.- La naturaleza de la imprudencia en función de la del error.
- 1.4.- CONCLUSION y posibles vías de evolución dogmática.
- 2.- El contenido del injusto en los supuestos de error sobre los presupuestos de hecho de la justificación.
 - 2.1.- La subsistencia del desvalor de la acción dolosa: fundamentación del injusto doloso disminuido.- El punto de partida de KRÜMPPEL MANN.- Diversas hipótesis dogmáticas.- Crítica.- La "teoría de la culpabilidad limitada o remitente a las consecuencias jurídicas (rechtsfolgeeinschränkende o rechtsfolgeverweisende Schuldtheorie).
 - 2.2.- Crítica a la fundamentación del injusto disminuido: la teoría de los elementos negativos del tipo y la teoría finalista del desvalor del acto; la afectación del elemento subjetivo de justificación a la antijuricidad y la subsistencia del desvalor-tipicidad.- Especial consideración de la teoría de Armin KAUFMANN; reconducción dogmática hacia el injusto disminuido.- Elemento subjetivo de justificación y conocimiento de la antijuricidad en la teoría estricta de la culpabilidad.-

La exclusión del injusto y la "ponderación de valores" en la teoría finalista.- Los elementos objetivos del tipo de la autorización y la "necesidad objetiva ex ante".-

Crítica y dogmática consecuente.-CONCLUSION.

3.- Propuesta final de regulación del error sobre los presupuestos de hecho de la justificación.

IV.- CONCLUSIONES.

CAPITULO III

EL ERROR SOBRE LOS PRESUPUESTOS OBJETIVOS DE LA CAUSA DE JUSTIFICACION: EL VALOR DEL "EXAMEN CONFORME A DEBER"
(pflichtgemässe Prüfung).

I.- INTRODUCCION: El privilegio estatal del error y el "riesgo permitido".

Señalábamos al principio del capítulo anterior cómo la investigación sobre la auténtica naturaleza y función del tan traído y llevado "deber de examen", debía aceptar, para adquirir pleno sentido, la bipartición metodológica propuesta por WELZEL de diferenciar los supuestos o hipótesis en que los presupuestos objetivos para la causa de justificación existen realmente, frente a aquellos otros supuestos en los que los mismos no se dan en la realidad, es decir, en las que la situación de justificación tiene una existencia meramente putativa.

Habiendo profundizado ya, en el capítulo precedente, en la primera categoría o clase de supuestos, corresponde, ahora, afrontar la problemática subjetiva de las situaciones de justificación putativa, centrándose de nuevo, especialmente, en el ejercicio legítimo del cargo.

A la ya de por sí "histórica" complejidad que constituye en derecho penal el intento de sustanciar la problemática del error sobre los presupuestos de hecho de una

causa de justificación(1), hay que añadir, cuando de determinadas causas de justificación se trata -manifiestamente del ejercicio legítimo del cargo- la aparición con un especial tratamiento dogmático del "examen conforme a deber" (pflichtgemässe Prüfung) de la situación justificativa objetiva.

Si, como se ha dicho, la jurisprudencia alemana, y parte de la doctrina incurren en una clara contradicción (2), no menos significativa es la falta de fundamentación que desde la óptica estrictamente causalista, claramente dominante en España, es observable en la construcción jurisprudencial española que equipara la existencia real y la putativa a efectos de la admisión de la causa de justificación plena. No ignoramos la "incipiente" tendencia del Tribunal Supremo, señalada por RODRIGUEZ MOURULLO(3),

(1) La cuestión sigue sin estar resuelta, ni siquiera en la R.F.A., en donde la polémica doctrinal y el nivel dogmático alcanzado son, sin embargo, de gran profundidad. El tema constituye, posiblemente, el punto nuclear de fricción, en la actualidad todavía, con los finalistas en sentido estricto. A nivel de derecho positivo el legislador alemán ha preferido evitar la cuestión, al no dar entrada en el nuevo StGB a una regulación específica de estos supuestos de error, a pesar de que, por ejemplo, tanto el Proyecto 1962 (parágrafo 20) como el Alternativo (parágrafo 19) habían propuesto las correspondientes soluciones. Así el parágrafo 20 del Proyecto 1962: "Error sobre circunstancias justificantes o disculpantes. (1) El que, en la comisión del hecho, supone erróneamente circunstancias que justificarían o disculparían el hecho, no será penado por comisión dolosa. (2) Será penado, sin embargo, por comisión imprudente si el error le es reprochable y la Ley conmina con pena, también, la actuación imprudente".

Por su parte el Proyecto Alternativo: "Error sobre circunstancias del hecho. (1) El que en la comisión del hecho yerra sobre una circunstancia del hecho (Tatumstand) contenida en la ley, o supone erróneamente circunstancias que excluirían el injusto del hecho, no actúa dolosamente.

en torno a la legítima defensa, que podría permitir una mayor coherencia, acorde con los presupuestos causalistas, en la resolución de casos de justificación putativa.

Este "acercamiento" entre las tesis doctrinales y las jurisprudenciales, aún siendo positivo por la siempre deseable aproximación entre la teoría y la praxis jurisprudencial, hace, sin embargo (como se manifestó anteriormente(4)), que muestre de nuevo, la reserva que produce la resolución de la citada problemática en sede de la culpabilidad.

En efecto, en la dogmática alemana resulta indudable la existencia objetiva, en estos casos, de un desvalor del resultado, ya por la mera realización del resultado típico(5), ya en la medida en que la situación objetiva de justificación no existe(6). Afirmar, en consecuencia, que el mero "valor de la acción" o la compensación del desvalor de la acción produce efectos justificantes plenos, sólo es admisible, en pura dogmática coherente, desde los presupuestos finalistas de absoluta subjetivización (que no personalización) del injusto y de las causas de justificación, que sólo un sector minoritario de entre la doc-

..... Subsiste intacta la posibilidad de punibilidad por comisión imprudente".

(2) Cfr. supra, págs. 189 y sigs

(3) "Legítima defensa real y putativa en la doctrina penal del Tribunal Supremo", 1976.

(4) Cfr. supra, pág. 26

(5) Cfr., por todos, HIRSCH, "Die Lehre..." cit. págs. 247 y sigs.

(6) Cfr., por todos, v. WEBER, "Negative..." cit. pág. 191.

trina finalista mantiene(7).

Por otro lado, también desde una óptica no finalista, pero de aceptación del dolo como elemento subjetivo general de los tipos dolosos, y de la infracción del deber objetivo de cuidado (desvalor de la acción) como elemento típico y fundamental del injusto, en los tipos imprudentes, podría concluirse, tal y como denuncia Armin KAUFMANN (8), y tal como tendremos oportunidad de demostrar ulteriormente, que la sustanciación de la problemática del error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación conforme a la denominada "teoría limitada de la culpabilidad" (eingeschränkte Schuldtheorie), puede conducir, igualmente, a la subjetivización absoluta de la exclusión de la antijuricidad. Porque, en efecto, cuando desde esta teoría se afirma la aplicación "por analogía" del parágrafo 16 StGB, es decir, del error sobre el tipo, (o mejor "sobre las circunstancias del hecho") a las situaciones de justificación putativa, queda claro que debe excluirse el dolo, es decir, el injusto doloso. Sólo subsiste la posibilidad, pues, del injusto imprudente, que se excluiría, también, si se comprueba lo fundamentado de la creencia en cuestión(9), es decir, y esto es lo más problemático, si se ejercitó, se dice mayoritariamente, el "deber de examen" de la situación por parte del funcionario público.

(7) Especialmente, ZIELINSKI, ob.cit.; desde la óptica dogmática de compatibilización del injusto personal y la teoría de los elementos negativos del tipo, cfr. SCHAFFSTEIN, "Putative..." cit., págs.196 y sigs.; v.WEBER, "Der Irrtum über einen Rechtfertigungsgrund", en JZ 1951, págs.260 y sigs.

(8) "Zum Stande der Lehre..." cit. pág.398.

(9) Cfr.por todos, LENCKNER, "Die Rechtfertigungsgründe..." cit. pág.182.

Sin embargo, ninguna de estas dos vías de fundamentación dogmática es válida para nuestro Tribunal Supremo, que no es finalista estricto, ni admite tampoco las prealudidas concepciones y consecuente ubicación del dolo y de la infracción del deber de cuidado.

Por otro lado, si se manifestó anteriormente una reserva, sin embargo, hacia la resolución de estas situaciones putativas en el terreno de la culpabilidad no es sólo por la no aceptación del presupuesto causalista y/o de la teoría del dolo que lo hace posible. También desde la denominada "teoría estricta de la culpabilidad" (strengge Schuldtheorie), que con tanto interés defendió siempre WELZEL, y que sólo sigue una parte, aunque muy significativa de la doctrina finalista(10), es posible la resolución de los supuestos de error sobre los presupuestos típicos objetivos de la causa de justificación en sede de la culpabilidad, mediante su caracterización como supuesto de "error de prohibición" excluyente de la culpabilidad en caso de ser inevitable. La conclusión es, sin embargo, que en caso de evitabilidad del mismo, debida, como en los supuestos a que nos estamos refiriendo de error sobre los presupuestos de hecho, a una infracción del deber de cuidado, el autor debe ser castigado por la realización de un hecho doloso, aunque se le imponga una reducción de la pena.

(10) Armin KAUFMANN, "Lebendiges und Totes..." cit.pág.298; el mismo, "Tatbestandseinschränkung und Rechtfertigung", en JZ 1955, págs.37 y sigs.; NIESE, "Finalität..." cit. págs.33 y sigs.; HIRSCH, "Die Lehre..." cit.pág.318/319; BOCKELMANN, Comentario a la sentencia OGHBrZ K81n de 4.4. 1950, en NJW 1950, pág.830 y sigs; CORDOBA RODA, "El conocimiento de la antijuricidad en la teoría del delito, 1962, págs.51 y sigs.(56); GEREZO MIR, Notas a la traducción de "El nuevo sistema del derecho penal", 1964, nota 12, págs.58 y 59, y nota 32, pág.118. También en nota 16, pág.66.

Por otro lado la existencia en nuestro Código Penal de la causa de atenuación de la responsabilidad criminal por inexistencia de algunos elementos (no esenciales) de las causas de justificación (art.9,1 C.P.), no permite, frente a lo que opina CEREZO(11), la solución de las situaciones putativas de justificación en el ámbito de la teoría estricta de la culpabilidad. No existen, a mi entender, razones para apoyar que lo que puede ser válido para los supuestos de inexistencia de requisitos no esenciales (exceso por error)(12) haya de serlo, también, para los de inexistencia de los esenciales. En estas situaciones si no se llega a afirmar directamente la inexistencia de la justificación, como sería consecuente(13), es, precisamente, por la significación que adquiere el elemento subjetivo de justificación, vinculado a la inevitabilidad del error(14).

Sea por una vía o por otra (y eludiendo, de momento, la compleja aportación hecha desde la denominada "teoría de la culpabilidad limitada o remitente a la consecuencia jurídica" (rechtsfolgeeinschränkende o rechtsfolgenverweisende Schuldtheorie), y eludiendo, también, las múltiples matizaciones existentes a cada una de las teorías aludidas en relación al error sobre los presupuestos de hecho de una causa de justificación), lo cierto es que se

(11) Notas a la traducción, cit., nota 32, pág.118.

(12) Así, también, JESCHECK, Lehrbuch, pág.268.

(13) Cfr. NOLL, "Tatbestand und Rechtswidrigkeit..." cit. pág.18.

(14) Cfr. infra, pág.440

impone una profundización en la problemática de la existencia putativa de la causa de justificación, y concretamente del ejercicio del cargo, para llegar a la solución justa (?) mediante una dogmática coherente.

Para ello es preciso retomar la pregunta de LENCKNER, ya aludida en este trabajo con anterioridad "¿existen causas de justificación en las que unas circunstancias externas justificantes pueden ser reemplazadas por el elemento del "examen conforme a deber", con la consecuencia de que el hecho sea conforme a derecho, exclusivamente, porque el autor ha obrado con el cuidado al que estaba obligado?"(15).

En principio habría que decir con STRATENWERTH(16) y LENCKNER(17) que tales situaciones tendrían que suponer un problema de error que, inicialmente y ante todo debería sustanciarse o afectar a la culpabilidad. Como se ha visto, sin embargo, por diversas razones, la realización del examen conforme a deber pretende y consigue tener un valor "compensante" en determinadas causas de justificación que permite afirmar la exclusión de la antijuricidad.

La fundamentación dogmática ulterior está vinculada, directa e indirectamente, a la compleja problemática planteada por la discutida teoría del "riesgo permitido".

En efecto, la óptica del "riesgo permitido" es la única que puede aparecer como elemento diferenciador que per-

(15) LENCKNER, "Die Rechtfertigungsgründe..." cit. pág.172. Cfr. supra, pág.191

(16) "Verantwortung und Gehorsam", cit. pág.171.

(17) "Die Rechtfertigungsgründe..." cit. pág.179. También en "Der Rechtfertigende Notstand", cit. pág. 201.

mita afirmar la exigencia con especial valor justificativo del "examen conforme a deber" sólo en determinadas causas de justificación(18). Y así, esta formulación no sólo se encuentra implícita en las opiniones de JESCHKECK, referidas a la significación del examen escrupuloso para aquellas causas de justificación en las que "una acción en sí objetivamente incorrecta es valorada por el ordenamiento jurídico en atención al fin perseguido por el autor y a la incertidumbre existente en el momento de hecho" (19), y en las que la justificación sólo puede venir al caso si se reduce al máximo el grado del posible error, o en la aceptación de tal opinión hecha por HIRSCH(20), sino que se encuentra claramente explicitada y compendiada en LENCKNER, con carácter general. En efecto, en el Schönke-Schröder Kommentar manifiesta que mientras que, en general, el examen conforme a deber no es un presupuesto general subjetivo de la justificación, ello "es distinto para las causas que bajo la óptica del "riesgo permitido" conducen a la valoración de actuaciones objetivamente incorrectas en sí mismas"(21). No cabe duda de que para es

(18) En la doctrina y derecho alemanes vienen al caso, además de las intervenciones coactivas en el ejercicio del cargo, la "defensa de intereses legítimos" (Wahrnehmung berechtigter Interessen), y las actuaciones en consentimiento presunto (Handeln mit mutmaßlicher Einwilligung). En la Jurisprudencia, además, al estado de necesidad justificante.

(19) Lehrbuch, pág.265. Cfr. supra, págs. 43 y sigs.

(20) En LK, Vor parágrafo 51, 39.

(21) Vor parágrafo 32, 19. Prosigue: "Aquí la justificación se basa en que determinadas acciones pueden ser realizadas para metas superiores, incluso con el peligro de que sobre vengan en el caso particular lesiones de bienes jurídicos para las que en sí no existe motivo, de forma que ello pueda valer en tanto que el autor haya hecho todo para reducir al mínimo posible, según las circunstancias, el riesgo de una tal lesión".

tos autores, como expresión de una concepción ampliamente dominante, y con especial claridad para LENCKNER, el "examen conforme a deber" adquiere significación de auténtico elemento subjetivo de justificación, que compensa la situación objetiva inexistente, para todas aquellas causas de justificación que conlleven el elemento del "riesgo permitido"(22). Conviene resaltar, especialmente, que si bien esta construcción dogmática puede "justificarse" como exigencia de una especial diligencia para disminuir "riesgos" inevitables, lo cierto es que su formulación es, en realidad, "ampliadora" del ámbito de justificación, en la medida en que supone una concesión no regulada (es decir extraña al juego limitativo de la dogmática jurídico-penal con sus interrelaciones) a la subjetividad.

En efecto, para HIRSCH, por ejemplo, frente al tratamiento restrictivo que hace la jurisprudencia alemana del estado de necesidad, en donde, indudablemente, la exigencia de la realización del "examen conforme a deber" supone un auténtico plus de exigencia con respecto al resto de las causas de justificación(23), en el resto de los supuestos en los que interviene el "examen conforme a deber" se trata, por el contrario, de una auténtica ampliación de la causa de justificación ya que "es suficiente para la situa-

(22) LENCKNER, "Die Rechtfertigungsgründe..." cit. pág. 181.

(23) Cfr. LENCKNER, "Der rechtfertigende Notstand", cit. págs. 201/202. En efecto, en tanto que para la legítima defensa y otras causas de justificación la errónea suposición, evitable, de los presupuestos objetivos, conlleva la exclusión del dolo, en todo caso, y el autor sólo puede ser penado por la comisión imprudente, en el estado de necesidad putativo reprochable sería penado por un hecho de dolo.

ción justificante la afirmación conforme a deber de sus presupuestos"(24).

Retomando el planteamiento dogmático vinculado al "riesgo permitido", conviene hacer una segunda matización inicial, en lo que al ejercicio del cargo se refiere, que permitirá una mayor delimitación del campo de aplicación del precitado planteamiento del riesgo permitido.

A priori se deben dejar al margen de la presente problemática los supuestos, siempre utilizados como ejemplos, en que la situación objetiva es efectivamente justificante, aunque a posteriori la realidad sea divergente: cuando un funcionario de policía, por ejemplo, procede a la detención de un sospechoso, la situación objetiva de justificante existirá si la sospecha es "racional"(25), aunque ulteriormente se demuestre su inocencia(26).

Pues bien, acotado el terreno, es imprescindible ya profundizar en el elemento "riesgo permitido" en el seno del ejercicio (coactivo) del cargo. "Riesgo permitido" que no es otro que el riesgo del "error": "el Estado -decía JELLINEK y así lo recoge la doctrina penal- tiene el gran privilegio del error"(27); lo contrario equivaldría

(24) HIRSCH, en LX, I, Vor parágrafo 51, 39. Por lo demás la demostración más evidente de lo afirmado en el texto la constituye la propia jurisprudencia dominante sobre el ejercicio del cargo, ya conocida.

(25) Cfr. art. 492 Leor.

(26) Al respecto, in extenso, supra, págs. /63 y sigs.

(27) JELLINEK, Verwaltungsrecht, pág. 373.

a "hacer imposible en amplios ámbitos la realización de las misiones de Estado"(28). Se trata, pues, (queda claro una vez más) de un privilegio, es decir de una extensión de la causa de justificación basada en la necesidad de reconocer un ámbito de "riesgo permitido" en las acciones del cargo. Frente a la objeción que pudiera hacerse de que en realidad a toda causa de justificación debe reconocérsele un "riesgo permitido" responde LENCKNER delimitando estrictamente las causas en las que debe reconocerse: "Se trata, exclusivamente, de los casos en los que, por causas especiales, es realmente obligado liberar al autor del riesgo de una decisión tomada conforme a deber pero falsa en definitiva"(29).

Llama la atención, especialmente, en este último planteamiento la utilización en sentido vulgar, no técnico-penal, del concepto de "riesgo permitido" que, sin embargo, es un concepto de una muy especial, concreta y técnica conformación en la dogmática jurídico-penal.

II).- CONCEPTO Y SUPUESTOS DE "RIESGO PERMITIDO": Su interrelación referencial con la "adecuación social" y el "deber objetivo de cuidado".

Esta especial, concreta y técnica conformación en derecho penal del concepto de "riesgo permitido" encuentra

(28) LENCKNER, "Die Rechtfertigungsgründe..." cit, pág.182. De acuerdo, parcialmente y como argumento adicional, LUZON PEÑA, ob.cit., pág.296.

(29) LENCKNER, "Die Rechtfertigungsgründe..." cit.pág.181.

su primera "justificación" en los intentos realizados en la doctrina de construir ^{un criterio} válido como delimitación frente a una posible imputación general de cualquier resultado previsible, en el ámbito de la imprudencia(30). No es de extrañar, pues, que surja con los incipientes progresos técnicos modernos que conllevan un cierto grado de "peligrosidad"(31).

Actualmente PREUSS(32) ha sintetizado en cuatro grupos de casos los supuestos a los que la doctrina ha aplicado la teoría del riesgo permitido: riesgo permitido a causa de una utilidad social predominante vinculada a la acción (33); en supuestos de causalidad imprevisible(34); en acciones arriesgadas de salvación, en las que no es segura

(30) En este sentido, Jürg REHBERG, "Zur Lehre vom Erlaubten Risiko", 1962, pág.21.

(31) Así, v. HIPPEL, "Deutsches Strafrecht, tome II, pág. 361: "Hay muchas empresas y actividades que comportan, incluso ejercitándolas cuidadosamente, un cierto o considerable peligro. Tal "peligro conforme al tráfico" (verkehrsmässige Gefahr) no fundamenta nunca imprudencia".

(32) PREUSS, "Untersuchungen zum erlaubten Risiko im Strafrecht", 1974, págs.20 y sigs.

(33) Ejemplos: el funcionamiento o instalación de centrales nucleares, tráfico automovilístico o aéreo, empresas mineras y construcciones de túneles, etc., cuyo funcionamiento conlleva un peligro que puede concretarse en lesión o muerte, y que sin embargo no puede ser declarado ilícito.

(34) Ejemplo: el sobrino aconseja a su tío, del que ha de heredar, que haga un viaje en ferrocarril con la esperanza de que muera en un accidente (WELZEL, "Studien zum System des Strafrechts", en ZStW 1939, (tomo 58), pág.517).

ble si la acción realizada es el único medio, o el menos peligroso, para la salvación(35); y, finalmente, el riesgo permitido en supuestos de consentimiento en el peligro y en la acción(36).

Pues bien, la aplicación de la teoría del riesgo permitido a los supuestos de ejercicio del cargo, sólo puede entenderse como supuesto comprendido en el primer grupo de casos de "riesgo permitido", aunque inicialmente pueda parecer forzado, ya que ese tipo de supuestos son los que se definen, precisamente, por la existencia de un interés o utilidad social preponderante. Piénsese que la formulación del "privilegio estatal del error", es decir, la ubicación del "riesgo del error" del funcionario dentro de la teoría del riesgo permitido, tiene que fundamentarse, (tal y como daba a entender LENCKNER al traer a colación la imposibilidad en caso contrario de que el Estado realizase algunas de sus funciones) en la preponderancia que adquiere el funcionamiento ejecutivo y el cumplimiento de los fines del Estado, y con ello el normal desenvolvimiento de la vida social, frente a las concretas lesiones de bienes jurídicos, que, producto de su error, pudieran producir los funcionarios encargados de la ejecución.

Ello es lo que conforma precisamente ese ámbito de "riesgo permitido", y a ello se refiere también LENCKNER

(35) Ejemplo: un niño es "agredido" por un perro rabioso. El guarda hace un disparo, peligroso para el niño, contra el perro; su conducta debe ser impune aunque habría habido tiempo, posiblemente, para ayudar al niño de otra forma (JESCHECK, Lehrbuch, pág.324.).

(36) Ejemplos: lesiones en deportes. No son fácilmente delimitables con respecto al primer grupo (Cfr. PREUSS, ob. cit. pág.25).

cuando señala la importancia del exámen conforme a deber en determinados casos valorados por el "fin (superior) pretendido por el autor..."(37).

La significación de esta ubicación de la problemática subjetiva del ejercicio del cargo se encuentra en que permite -al desentenderse del resto de los supuestos- una clara acentuación del carácter de adecuación social de las conductas analizadas. En otras palabras, permite adelantar un primer concepto básico hipotético, definitorio del elemento "riesgo permitido" detectado por la doctrina dominante en la causa de justificación del ejercicio legítimo del cargo: se trata de considerar impunes hechos que conllevan en sí un peligro de lesión de bienes jurídicos protegidos, a causa de la adecuación social de los mismos, o bien de hallarse justificados en el ámbito de un conflicto de intereses o valores sociales(38). Pero, antes de seguir incidiendo en la vía de la "adecuación social" importa tener en cuenta que la definición, o mejor dicho, descripción, anterior del "riesgo permitido" lleva implícita la existencia de una diferente valoración entre acción (peligrosa) y resultado(39); diferente valoración que de no existir no daría lugar a que interviniera el instituto dogmático del "riesgo permitido". Dicho de otra forma, lo que

(37) Cfr. supra, pág. 308

(38) En este sentido, JESCHECK, Lehrbuch, págs. 203 y 322 y sigs., que diferencia claramente la adecuación social del riesgo permitido, concibiendo éste como causa de justificación.

(39) Ya que, evidentemente, sólo es aplicable a los delitos (dolosos e imprudentes) de resultado o lesión.

consigue valorar el "riesgo permitido" es la acción (peligrosa) a pesar del resultado que ha producido(40). Ello tiene mucho que ver, sin duda, con la constatación de que si esa acción está dentro del riesgo permitido es por tratarse de una acción adecuada socialmente, es decir cuyo resultado es simplemente soportable socialmente, y, obviamente, aquella acción que resulta socialmente adecuada tiene que estar positivamente valorada por el ordenamiento jurídico, ya justificándola, ya considerándola atípica. Porque, en efecto el concepto de adecuación social, aunque de fácil comprensión, resulta de difícil ubicación sistemática en la teoría del delito, y, al igual que la teoría del riesgo permitido, de dudosa justificación(41) o utilidad.

(40) En este sentido, PREUSS, (ob.cit.pág.27): "El autor permanece impune si la acción peligrosa no provocante con seguridad del resultado, en un delito de resultado, no es desvalorada, a pesar del resultado sobrevenido por su causa".

(41) Además de su posible infundamentación, es curioso resañar cómo la doctrina penal de los países de economía planificada en Europa, en los que los estudios sobre "riesgo permitido" y "adecuación social", han tenido un importante desarrollo, considera estas teorías como peligrosas en el seno de una economía capitalista, es decir de competencia. Cfr., en este sentido, Dietmar SEIDEL, "Risiko im Produktion und Forschung als gesellschaftliches und strafrechtliches Problem", 1968, especialmente pág.116, en donde la teoría del riesgo permitido de la R.F.A., tras la 2ª guerra, es calificada como "válida para la exculpación (9) general de las mayores lesiones de los preceptos de protección y seguridad en el trabajo". La ampliación del ámbito de la aplicación de la teoría a los supuestos de ejercicio del cargo permite o sugiere profundas reflexiones sobre el funcionamiento y carácter intervencionista del Estado moderno.

1.- En los "Studien zum System des Strafrechts", publicado en 1939(42) definía WELZEL como acciones socialmente adecuadas todas aquellas en las que se plasma (efectúa) la vida social según su correspondiente orden motivado históricamente(43). La adecuación social es, pues un "principio inmanente de conformación del derecho" que actúa, por tanto, de forma fundamental en la formación de los tipos(44). En pura coherencia con ello WELZEL considera que, en cuanto a su ubicación sistemática o funcionalidad en la teoría jurídica del delito, la adecuación social interviene con anterioridad al juicio de antijuricidad ya que éste sólo puede entrar en cuestión, precisamente, cuando la adecuación social ha sido sobrepasada, es decir, cuando ya se puede hablar de una acción socialmente inadecuada(45). En consecuencia, (y aunque en cualquier caso no se puede afirmar la antijuricidad de tales acciones) WELZEL construye lo adecuado socialmente como atípico, y sólo en la 6ª edición de su Tratado trasladó, incoherentemente, la adecuación social al terreno de la antijuricidad, como excluyente de la misma, en los delitos dolosos y en

(42) En ZStW 1939, (tomo 58), págs.491-566.

(43) ZStW 1939, (tomo 58), pág.517: ("alle Betätigungen in denen sich das Gemeinschaftsleben nach seiner geschichtlich bedingten Ordnung jeweilig vollzieht").

(44) ZStW 1939, (tomo 58), pág.517 (nota 38).

(45) "Studien..." cit. pág.518 manifiesta que en tales su puestos "nadie tendrá la idea de que la adecuación social es una causa de exclusión del injusto!"

imprudentes(46).

Pero lo que más interesa sin duda, es la relación o vinculación que se establece en WELZEL entre la "adecuación social" y el "riesgo permitido", que ha ido evolucionando con importantes matizaciones no siempre advertidas por la doctrina. En efecto, ya en un principio el "riesgo permitido" fué tratado por WELZEL como caso especial o sub-caso de la adecuación social, pero, sin embargo, en base al grado de peligrosidad para el bien jurídico que los supuestos de "riesgo permitido" comportaban, el tratamiento de éstos podía admitir un acercamiento hacia la idea de la exclusión del injusto(47). Tal consideración es, obviamente, contradictoria, y es importante resaltarla por

(46) Lehmbuch, 6ª edición (1958), pág.74: "La adecuación social es aquí la causa de justificación consuetudinaria de conductas típicas, que radica en el orden social-ético de la vida social" (referido a los tipos dolosos); también, en referencia a los delitos imprudentes: "La adecuación social posee una importancia especialmente grande en los delitos imprudentes: peligros socialmente adecuados para bienes jurídicos no se tienen en cuenta para la antijuricidad de los delitos imprudentes, incluso si en los casos concretos deben conllevar una lesión de un bien jurídico".

En la 7ª edición (1960), mantiene su carácter de causa de justificación para los delitos dolosos (pág.76), retornando a la atipicidad en relación a los imprudentes (cfr. pág.115 ("contraria al cuidado es sólo una peligrosidad que sobrepasa el grado de "normal en el tráfico" o "socialmente adecuado") en relación con la pág.117 ("por el contrario es atípica una acción que corresponde al cuidado necesario en el tráfico")).

En la última edición de su Tratado (11ª edic., 1969) retoma el terreno de la atipicidad, en todo caso (págs. 55-58: "Las acciones socialmente adecuadas se segregan de los tipos penales, incluso aunque pudiesen subsumirse en ellos"), aunque, dada la distinta conformación de los tipos dolosos y los imprudentes, que se construyen como tipos abiertos, la adecuación social queda reducida a un criterio general interpretativo de los tipos penales.

(47) Cfr. WELZEL, "Studien..." cit. pág.518.

la incidencia que ello tiene en la conformación del injusto. El propio WELZEL manifiesta, en su clásico estudio sobre la imprudencia(48), que la idea del "riesgo permitido" actuó en principio de forma clarificadora hacia la concepción del injusto vinculado a la acción y no al resultado. En efecto, tal y como se señaló anteriormente, la teoría del riesgo permitido se dirige hacia la valoración de la acción, a pesar de la lesión del bien jurídico que ha comportado. En el seno de una concepción del injusto centrada en el desvalor del resultado, la aceptación de esta teoría supone, indudablemente, un punto débil, ya que el "riesgo permitido" (es decir la acción peligrosa "socialmente adecuada" que ha comportado una lesión de un bien jurídico) ha de actuar, como mínimo, como causa de justificación(49). Dicho de otra forma ya no es posible mantener este valor de la acción en el terreno de la exclusión de la culpabilidad sino que hay que tratarlo como problema del injusto(50); el ordenamiento jurídico tiene que declarar "conforme a derecho" esas acciones.

Tal y como señala WELZEL ello supone un nuevo concepto del injusto orientado hacia el desvalor de la acción(51).

(48) "Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte", 1961.

(49) Así lo vieron, con especial claridad, DGHNA, "Zum neuesten Stand der Schuldlehre", en ZStW 1911, (tomo 32), pág.327 (nota 10), y ENGELSCH, "Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht", 1930, págs.283 y sigs. (286).

(50) Cfr. STRATENWERTH, AT, I, pág.120 (Rdn. 348): "La producción de un resultado típico sólo es injusto penalmente relevante, si realiza un riesgo no permitido".

(51) "Fahrlässigkeit..." cit. pág.24.

Sin embargo el "riesgo permitido" no puede quedarse en su simple conformación como causa de justificación, por que esto supondría la aceptación de que conductas socialmente adecuadas, es decir inmersas en el ámbito del riesgo permitido, tendrían que formar parte de la "materia de prohibición" de la norma, para poder ser ulteriormente justificadas(52). Pero, además, y este es el punto nuclear al que cualquier consideración dogmática tiene que conducir, porque es indispensable vincular el "riesgo permitido" al "deber de cuidado", es decir al "cuidado exigido en el tráfico" -según expresión del derecho alemán-, y analizar la relación de identidad o divergencia existente entre los conceptos de adecuación social, riesgo permitido, y deber objetivo de cuidado. Si se tiene en cuenta que el cuidado objetivo no pertenece, en la moderna dogmática, a la culpabilidad sino al injusto típico, al menos en los delitos imprudentes, aparece con claridad la evolución dogmática en la teoría del riesgo permitido. Pero es que, además, en la consideración, hoy dominante en la moderna dogmática alemana, del deber de cuidado en conexión con el injusto típico, en vez de su tradicional vinculación a la culpabilidad, jugó un papel importante, aunque no fué

(52) En este sentido, críticamente frente a la construcción de WELZEL en la 6ª edición de su Lehrbuch, ENGISCH, "Der Unrechtstatbestand im Strafrecht", en DJT-Festschrift, I, pág.418, quien abandona aquí su anterior concepción del riesgo permitido como causa de justificación, para permanecer en la atipicidad, señalando, sin embargo, que la relación entre los conceptos de "riesgo permitido" y "adecuación social" está, todavía, necesitada de una clarificación (cfr. nota 42, en pág.417). Más claramente, en el mismo sentido, en "Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit", 1968, págs.278/279.

el único motivo, la necesaria ampliación del ámbito del "riesgo permitido" que conllevó el moderno tráfico vial(53). En este sentido, puede decirse que consideraciones sobre la evitabilidad o no de una lesión de un bien jurídico, o sobre la posibilidad de imputársela plenamente al que actúa, ordinadas en el seno de actividades "peligrosas", condujeron a la necesidad de reafirmar como límite un deber objetivo de cuidado definitivo de la existencia o no del injusto en tales conductas(54). Y, en este contexto, no fué tampoco extraña, ni mucho menos, la introducción del criterio general de la adecuación social de tales conductas. Así, por ejemplo, HENKEL razonaba la pertenencia del deber objetivo de cuidado al ámbito del injusto y no al de la culpabilidad, como deducible de su propio contenido entendido como "exigencia de comportarse de forma socialmente adecuada, es decir, de cumplir el cuidado necesario en el tráfico"(55). Este nuevo plano dogmático es evidentemente, mucho más amplio que el que puede ofrecer una concepción del "riesgo permitido" como causa de justificación. Obsérvese, además, que este discurrir delimita, a la vez, las posibilidades de definición o descripción del concepto de "riesgo permitido", en perjuicio de la posibilidad (a que antes aludíamos en la primera definición básica) de incluir en su ámbito conductas o supuestos enmarcados en conflictos de intereses, supuestos éstos para los que JES CHECK reserva la caracterización de "riesgo permitido"

(53) STRATENWERTH, "Die neuere deutsche Strafrechtsdogmatik", en Juristenjahrbuch, II, (1961/1962), pág. 211.

(54) A ello dedicó, precisamente, WELZEL, su trabajo "Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte", pronunciado como conferencia en 1960 y publicado en 1961.

(55) HENKEL, "Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit als regulatives Rechtsprinzip", en Festschrift für Meiser, 1954, pág. 283.

como causa de justificación, y que ahora deben quedar totalmente independizados de los supuestos de "riesgo permitido" como el del error del funcionario en el ejercicio de su cargo, que nos ocupan. La razón por la que hay que marginar aquellos casos es que aquí el supuesto, conflicto de intereses no existe, puesto que a priori se resuelve en sentido favorable al interés social, comunitario, o del Estado; no se trata pues, en estos casos, de sustanciar un conflicto de intereses por medio del "riesgo permitido", sino de, definido ya el interés preponderante, delimitar el ámbito de lo permitido en derecho penal. De esta forma si anteriormente nos aproximábamos al concepto de "riesgo permitido" diciendo que "se trataba de considerar impu^{nes} hechos que conllevan en sí un peligro de lesión de bienes jurídicos protegidos, a causa de la adecuación social de los mismos, o bien de hallarse justificadas en el ámbito de ^{un conflicto de} intereses o valores sociales", ahora debemos señtar como base de trabajo la hipótesis que sustituya la dítima frase por la de "o bien de no sobrepasar el límite del riesgo-peligro impuesto por el objetivo deber de cuidado"(56). Con esta formulación se mantiene, todavía, una

(56) La hipótesis de trabajo queda, por tanto, formulada de la siguiente manera: se trata de considerar impunes hechos que conllevan en sí mismos un peligro de lesión de bienes jurídicos protegidos, a causa de la adecuación social de los mismos, o bien de no haber sobrepasado el límite del riesgo-peligro establecido por el objetivo deber de cuidado.

Debe quedar claro que no se pretende con esto, por ahora, sustanciar de un plumazo la posible consideración del "riesgo permitido", como causa de justificación (también), lo que, por lo demás, constituye doctrina dominante, ni como causa de exclusión de la culpabilidad, sino de delimitar, simplemente, los supuestos enmarcables en un mismo planteamiento dogmático vinculado a la adecuación social o al cuidado necesario en el tráfico, asimilables al riesgo del error del funcionario en el ejercicio de su cargo.

diferencia entre los conceptos de adecuación social, riesgo permitido y deber objetivo de cuidado, cuya corrección o incorrección es analizada a continuación.

2.- Ya antes de que WELZEL hubiera elaborado su teoría de la adecuación social(57), tanto esta idea como la del riesgo permitido habían sido reconocidas en el ámbito de la imprudencia, a través del cuidado necesario en el tráfico(58), como grado objetivo de la imprudencia; adecuación social, riesgo permitido y deber objetivo de cuidado, venían a definir, aunque no en una identificación absoluta, dicho grado objetivo. WELZEL, trató siempre el "riesgo permitido" en el seno de su teoría de la adecuación social; en efecto, para él el "riesgo permitido" es un sub-caso, o mejor, un "caso especial", de adecuación social, consistiendo la especialidad o especificidad en el grado de peligrosidad para el bien jurídico que las conductas allí enmarcables conllevan(59).

Por otro lado, hay que tener en cuenta que "riesgo permitido" y "juicio de adecuación" (teoría de la adecuación) en cuanto que constatación de la posibilidad de pe

(57) Inicialmente en "Studien..." cit.

(58) Cfr. WELZEL, "Studien..." cit. pág.558; PREUSS, "Untersuchungen..." cit. pág.97; BINA VINCE, "Die vier Momente der Fahrlässigkeitsdelikte", 1969, pág.70/71.

(59) Cfr. WELZEL, "Studien..." cit. pág.518; al respecto, también, ENGISCH señala que "como acciones socialmente adecuadas pueden contemplarse tanto acciones inofensivas, como también realmente arriesgadas, pero autorizadas como tales acciones" ("Der Unrechtstatbestand..." cit. pág.417, nota 42).

ligro de la acción para determinados bienes jurídicos, no son equivalentes en el pensamiento de WELZEL, sino que constituyen aspectos "metodológicos" distintos que se concatan con el criterio del deber objetivo de cuidado exigido. En efecto, para WELZEL el juicio de adecuación es el "puro aspecto intelectual" del cuidado(60), tal y como recoge y resalta BINA VINCE(61), en tanto que el "riesgo permitido", que no está incluido en la teoría de la adecuación, conforma el aspecto normativo del cuidado, delimitando, pues, el amplio espacio permitido por el aspecto intelectual(62). Aspecto intelectual y aspecto normativo, es decir, juicio de adecuación y riesgo permitido, no son, sin embargo, capaces de afirmar, todavía, la contrariedad a deber de una acción, sino simplemente de delimitar el terreno del deber objetivo de cuidado. Para que se pueda afirmar dicha contrariedad a deber, opina WELZEL, debe de introducirse, todavía, la constatación de su inadecuación social: "contrario a deber es sólo una puesta en peligro que supere la medida de lo "normal en tráfico", de lo "socialmente adecuado"(63). La adecuación social es, en consecuencia, algo más que un mero concepto funcional, según hace resaltar el propio WELZEL, es para los tipos un "verkehrthafter Ordnungsbegriff" y el "cuidado necesario en el tráfico" constituye su "parte funcional"(64).

(60) WELZEL, "Fahrlässigkeit..." cit. pág.17.

(61) "Die vier Momente..." cit. pág.72.

(62) Cfr. BINA VINCE, ob.cit.pág.72.

(63) WELZEL, "Fahrlässigkeit..." cit. pág.17.

(64) WELZEL, "Studien..." cit. pág.317, nota 38.

Esta compleja interrelación referencial de conceptos, resulta, sin embargo, imprescindible para intentar establecer una especie de orden jerárquico entre los conceptos básicos de adecuación social, riesgo permitido y deber objetivo de cuidado, que permita definir, a su vez, o bien la utilidad conjunta de todos ellos en derecho penal, o bien, por el contrario, muestre la superfluidad de alguno de ellos.

Al respecto hay que tener en cuenta que, también, en WELZEL se puede encontrar el punto de apoyo para la pretendida "escala jerárquica", (si bien sólo parcialmente, como se irá viendo), cuando caracteriza los supuestos de "massvolles Risiko", -es decir los supuestos ordinados dentro de lo no-contrario a deber por contener una peligrosidad no superadora de la adecuada socialmente- como sub-casos del principio general del derecho del "objetivo cuidado exigido en el tráfico"(65), estableciendo, en este sentido, una cierta prioridad, al menos funcional, en beneficio del "principio general del derecho del objetivo deber de cuidado".

La compleja interrelación conceptual de naturaleza referencial a que se aludió anteriormente, sigue todavía sin clarificar, sin embargo, En este sentido hoy constituye doctrina dominante aquella ^{que} mantiene -expresado en términos de Armin KAUFMANN(66)- que "contrario a deber es cada riesgo que no está autorizado", o de que, -entendida la adecuación social como "principio de interpretación teleológica para la delimitación o complementación de las descripciones del tipo- hay que concluir, al menos en los delitos

(65) WELZEL, "Fahrlässigkeit..." cit. pág.25.

(66) "Das fahrlässige Delikt", cit. pág.50.

imprudentes, que "inadecuación social es idéntico a contrariedad al cuidado". Y, sin embargo, es claro que, tal y como critica también Armin KAUFMANN en el mismo trabajo, con esas afirmaciones no se ha adelantado mucho en el terreno práctico para encontrar criterios generales que fijen el contenido de la norma de cuidado.

A pesar de todo existe también en esta doctrina últimamente citada, un principio de delimitación jerárquica a través de la fijación de un objeto de referencia, que viene constituido, precisamente, por el deber objetivo de cuidado. En efecto la formulación, simplificada, es: contrario a deber es el riesgo no permitido; contrario al deber es lo inadecuado socialmente. Lo que interesa, inicial y funcionalmente al menos, y ya se verá como en forma contradictoria en muchos casos -manifiestamente en WELZEL-, es, pues, definir el contenido, valor y función del deber objetivo de cuidado en la teoría general del delito poniendo en cuestión, pues, desde este momento la funcionalidad tanto de la teoría de la adecuación social como del riesgo permitido. Si se recuerda que toda la problemática subjetiva del ejercicio del cargo en los supuestos de inexistencia de los presupuestos objetivos de la causa de justificación, es decir, todo el planteamiento del "deber de examen" tenía sus raíces en el "riesgo permitido", se podrá empezar a comprender la importancia del cambio dogmático emprendido.

De la mano, pues, del tratamiento hecho por WELZEL del riesgo permitido en el seno de su teoría de la adecuación social, constituyen parte cualitativa y cuantitativamente dominante los autores que han interpretado que tanto el

riesgo permitido como la adecuación social deben quedar absorbidos(67) en el deber objetivo de cuidado.

En efecto, en 1951 mantenía ya NIESSE, en la línea de VELZHL, la idea de que el cuidado objetivo exigido en el tráfico constituía "el límite entre conductas socialmente adecuadas y socialmente inadecuadas"(68). Pero, además, es de tener en cuenta la vinculación, observable en NIESSE, de toda esta problemática anterior a la idea de la inevitabilidad del resultado, hasta el punto de que para este autor el principal efecto de la adecuación social lo constituye, precisamente, el que "excluye la antijuricidad de lesiones inevitables de bienes jurídicos sin necesidad de una causa de justificación"(69). Es decir, se trata de referir directamente el criterio general de la inadecuación social al "desvalor de la acción" del injusto imprudente, a través de la constatación de lo "evitable" del resultado de haber mediado el cuidado necesario. Ello

[67) Ello no debe inducir a creer que estas opiniones doctrinales equiparen completamente la adecuación social con la observancia del cuidado general o la actuación dentro del riesgo permitido, en la línea teórica diferenciadora establecida anteriormente. Cfr. en este sentido, PREUSS, 'Untersuchungen...' cit. pág.97 (nota 44).

[68) "Finalität..." cit. pág.61.

[69) NIESSE, "Die moderne Strafrechtsdogmatik und das Zivilrecht", en JZ 1956, pág.460. También, antes, el mismo, en "Finalität..." cit. pág.61: "en el ejercicio del deber de cuidado sólo son socialmente inadecuadas, y en consecuencia típicamente antijurídicas, en el sentido de los tipos imprudentes, las causaciones de resultados evitables; las inevitables a pesar de la aplicación del cuidado necesario quedan, como socialmente adecuadas, fuera de consideración". También, con especial claridad, en "Streik und Strafrecht", 1954, págs.30/31.

conformaría, a su vez, el ámbito del riesgo ilícito, no permitido, que, por tanto, es afirmable al tiempo que lo es la existencia del desvalor de la acción del delito imprudente y viceversa(70). O lo que es lo mismo, siguiendo el esquema deductivo de Armin KAUFMANN: "inadecuación social es, en el delito imprudente, idéntico a contrario al deber", y "contrario al deber es cada riesgo que no está autorizado"(71). En este mismo sentido KRAUSS, apoyándose en ENGISCH(72), reafirma la idea de que adecuada socialmente es cualquier conducta que se corresponde con el cuidado necesario en el tráfico, utilizando, además, éste pensamiento con carácter general, es decir, no sólo limitado al delito imprudente, sino también al doloso. En efecto, la idea de la adecuación social tiene el valor de introducir la idea de la "conformidad social" en el tipo, y por

(70) Cfr. NIESE, "Ein Beitrag zur Lehre vom ärztlichen Heileingriff", en Festschrift für E. Schmidt, pág.369/370: "...se trata aquí, igual que allí, de un "riesgo permitido" en el sentido amplio de que, también en la realización del peligro, la acción peligrosa autorizada por el Derecho es, al menos, no antijurídica si es emprendida con el cumplimiento cuidadoso de las "reglas del arte" dominantes en cada ámbito social, y por ello no muestra ningún desvalor de la acción".

(71) "Das fahrlässige Delikt", cit, pág.30. Según Friedrich-Christian SCHROEDER, que se sitúa implícitamente en esta línea argumental, lo que ocurre es que al ser la lesión del deber de cuidado "la forma y manera de la acción externa que conduce al fin, el resultado", resulta totalmente inútil su delimitación o tipificación, de igual manera que lo sería intentar hacerlo con los medios de comisión de un delito doloso. Esta imposibilidad de hacerlo de forma positiva impone su consideración genérica desde la simple, pero delimitable, óptica de lo que se consideran "riesgos permitidos". (IK, I, 59, 177 y 178).

(72) ENGISCH, "Der Unrechtstatbestand..." cit., pág.417 y sigs.(418); también, "Die Idee der Konkretisierung..." cit. pág.278 y 279.

tanto, concluye KRAUSS, con carácter absolutamente general "refiere la imputación de un resultado al mandato de cuidado conformado socialmente"(73); la lesión del deber objetivo de cuidado, se puede convertir por esta vía en presupuesto para los delitos dolosos también(74). Expresándolo genéricamente, como formulación dogmática, equivale a la afirmación de STRATENWERTH, de que "la realización de un resultado típico sólo es injusto penalmente relevante, si realiza un riesgo no permitido"(75).

Apuntado, pues, el tema del "riesgo permitido" en los delitos dolosos de resultado(76), lo que importaba destacar

(73) KRAUSS, "Erfolgsunwert und Handlungsunwert im Unrecht", en ZStW 1964, (tomo 76), pág. 47.

(74) En este sentido, JESCHECK, Lehrbuch, pág.202; KRAUSS, "Erfolgsunwert:..." cit. págs.47 y sigs.(48); MAIHOFER, "Der Unrechtsvorwurf", en Festschrift für Rittler, 1957, págs. 156 y sigs.; MÜNZBERG, "Verhalten und Erfolg als Grundlagen der Rechtswidrigkeit und Haftung", 1966, pág.60, nota 118 cont.; PREUSS, "Untersuchungen..." cit.pág.214; GIMBERNAT, "Die innere und die äussere Problematik der inadäquaten Handlungen in der deutschen Strafrechtsdogmatik. Zugleich ein Beitrag zum Kausalproblem im Strafrecht", Dissertation. Hamburg, 1962, pág.143.

(75) AT, I, pág.120 (Rdn. 348).

(76) En la doctrina penal se han utilizado algunos ejemplos de "laboratorio" al respecto. Así, el del empresario que envía a trabajar en una determinada mina, especialmente peligrosa, a un trabajador, con la intención de que muera allí (REHBERG, "Zur Lehre..." cit. pág.92; PREUSS, "Untersuchungen..."cit. pág.194). El sobrino convence a su tío, del queha de heredar, para que use el ferrocarril, con la intención de que muera en un desastre ferroviario (WELZEL, "Studien..."cit. pág.517). Un bombero empuja a la tela salvavidas, en un gran incendio, a una determinada persona, aunque está a su alcance una posibilidad de salvación, que él conoce, menos peligrosa (JESCHECK, Lehrbuch, pág.324; PREUSS, "Untersuchungen..."cit. pág.194). El médico que realiza una operación necesaria, según la lex artis, con la voluntad de que el paciente al que odia,

a través de este significativo repaso de la doctrina penal es cómo se construye la idea de que tanto los conceptos de riesgo permitido como de adecuación social deben quedar absorbidos por el principio general del derecho del cuidado objetivo, por un lado, y cómo éste debe quedar sistemáticamente ubicado en el injusto típico, por otro lado. Porque, en efecto, el argumento-conclusión anterior es doble, y en consecuencia perfectamente divisible en su tratamiento dogmático. Así, por ejemplo, ROEDER(77) construye su teoría sobre el "riesgo permitido" partiendo, asimismo, de la concepción de WELZEL, en el seno de la adecuación social, y formula su concepto de "riesgo socialmente adecuado" vinculado al deber objetivo de cuidado en la imprudencia, es decir, coincide plenamente con la primera parte del planteamiento anteriormente expuesto, y, sin embargo, considera que el lugar sistemático de actuación del riesgo socialmente adecuado es la exclusión de la culpabilidad, por ubicar aquí, precisamente, el cumplimiento del cuidado objetivo ordenado o exigido(78).

Las razones expuestas con anterioridad avalan, sin embargo, con bastante fuerza a mi entender, la idea de que su lugar sistemático no es otro que el de la atipicidad, y, en todo caso, el de la ausencia del desvalor de la acción en el injusto imprudente, y con ello del mismo injusto.

..... muera en sus manos (NIESER, "Streik..." cit. pág. 11; PREUSS, "Untersuchungen..." cit. pág. 194). Muchos de ellos se han solucionado a través, precisamente, de un correcto entendimiento del dolo o de la acción.

(77) "Die Einhaltung des sozialadäquaten Risikos", 1969.

(78) ROEDER, ob.cit. pág. 94.

Ahora bien, si, en efecto, todo conduce a pensar que se trata de un problema del desvalor de la acción, concretamente en el delito imprudente, al menos, parece que lo fundamental tiene que ser la decisión de si los criterios penales que se utilizan para "medir" el valor o el desvalor de la acción han de ser los mismos que los que se han de utilizar para la valoración de un riesgo como permitido, teniendo en cuenta que no se trata de "repasar" criterios uno por uno, sino de solventar, a nivel de decisión global, el tema. Es decir, una vez establecida la interrelación entre inadecuación social, riesgo no permitido y desvalor de la acción en el delito imprudente, podría pensarse que en conductas "peligrosas" quedaría afirmado el "valor de la acción" una vez constatada una relación final valorada positivamente entre acción y resultado (la finalidad de "cumplir con el deber" conlleva una valoración positiva dada la meta-resultado que se persigue, a pesar del riesgo de error del funcionario en el caso concreto), ya que se ha "valorado positivamente el riesgo", y, en este sentido la peligrosidad immanente a la no observancia del deber de cuidado no sería capaz de generar un juicio de desvalor sobre la conducta que condujo a un resultado desvalorado, en el seno de un riesgo considerado como permitido. Tal concepción sería posible de no ordinar los criterios de la adecuación social y el riesgo permitido en el cuidado objetivo.

Porque, en efecto, en el fondo de toda la teoría del riesgo permitido subyace la errónea consideración de que una acción que se mueve en el terreno de lo necesario socialmente pero también de lo "peligroso", tiene que estar

"autorizada"(79). Pero, muy por el contrario, no es misión del derecho penal definir peligros, sino, en todo caso, proteger bienes jurídicos, lo cual quiere decir que el planteamiento debe ser exactamente el contrario al realizado anteriormente; no existe una prohibición general de peligrosidad, el derecho penal no tiene por qué autorizar o prohibir actividades peligrosas "in genere", no tiene, por ejemplo, que autorizar el tráfico rodado, en general, ni el aéreo, ni la energía nuclear, ni la posibilidad del error estatal. En este sentido recoge ROEDER de HÄLSCHNER, que "un ilimitado deber de omitir cada acción de la que pudieran provenir malos resultados previstos como posibles, condenaría a los hombres a la absoluta inactividad, pues su actividad está rodeada por todas partes de peligros"(80). Así pues, cabe decir que los conceptos de peligrosidad y contrariedad a deber no son, en modo alguno, equiparables, a nivel general, y por tanto quiebra la base sobre la que se establece la teoría del riesgo permitido, ya que esta teoría se concibe como la excepción al supuesto régimen general del deber de omitir conductas peligrosas, es decir, que sólo en los supuestos de "riesgo permitido" no se identificarían peligrosidad y contrariedad al deber(81). Frente a esto hay que decir que la caracterización de una acción como contraria a deber no pue

(79) En este sentido crítico, BINA VINCE, "Die vier Momente..." cit. págs.72/73.

(80) ROEDER, ob.cit. pág.28. En el mismo sentido, por todos, STRATENWERTH, AT, I, págs.118/119 (Rdn. 342 y 343).

(81) En el sentido del texto, BINA VINCE, "Die vier Momente..." cit. pág.73.

de establecerse, en general, en base a la peligrosidad de una actividad, sino, precisamente, tal y como resalta BINA VINCE, con referencia exclusiva a la acción en concreto: "imprudente no es la actividad como tal, sino la acción que se efectúa para el ejercicio de esa actividad"(82). Peligrosidad, en el sentido de la teoría del riesgo permitido y desvalor de la acción imprudente, recorren caminos diferentes, no se miden igualmente(83). La única forma de fundamentar la opinión contraria, -es la vía escogida por REGBERG- es considerar que lo "permitido" no es la actividad peligrosa en sí, sino el ejercicio cuidadoso, en el sentido de la imprudencia, de la misma: el riesgo permitido no sería ya la participación en el tráfico viario, o la actuación coactiva de los "agentes de la autoridad" (eso serían simples riesgos o peligrosidad), sino lo mismo pero dentro del ámbito del cuidado objetivo exigido en concreto. Ahora bien, esto equivale a "cambiar" la teoría de los "riesgos permitidos" por otra de los "riesgos no prohibidos", tal y como señala HIRSCH, es decir, de riesgos absolutamente atípicos(84). Lo cierto es que, en tal caso, el intento de construir el "riesgo permitido" como limitación de la responsabilidad dogmáticamente individualizada, carece de todo fundamento, ya que ni la peligrosidad de la actividad, ni la de la acción en abstracto, tienen capacidad para fundamentar plenamente la responsabilidad penal(85), sino que esta viene fundamentada, exclusi-

(82) BINA VINCE, ob.cit. pág.73/74.

(83) En contra REHBERG, "Zur Lehre..."cit,págs.211 y sigs. y 226.

(84) HIRSCH, en LK. I, Vor parágrafo 51, 25.

(85) Con razón, BINA VINCE, ob.cit. pág.74.

vamente, por la infracción del deber de cuidado. Si ello es así, será, precisamente, el deber objetivo de cuidado la única limitación posible de la responsabilidad. El riesgo permitido se convierte, pues, en construcción dogmática innecesaria, por ser solucionables cuantos temas se plantean al respecto en el seno de otros elementos o requisitos determinantes del delito(86) . En concreto, quiere ello decir, que en tales supuestos se trata de investigar si el que actúa ha infringido o no el deber objetivo de cuidado, y no si su conducta estaba o no dentro del ámbito del "riesgo permitido"(87), o "no prohibido".

La "absorción" del "riesgo permitido" en el "cuidado objetivo exigido" ha producido, pues, la desaparición como criterio útil dogmáticamente del primero de los conceptos. Esto debe de ser la conclusión lógica a que conducen, a mi entender, las formulaciones de WELZEL al respecto. En efecto, recordemos, que las matizaciones hechas anteriormente en torno a los diferentes tratamientos a que eran sometidos la adecuación social, el riesgo permitido y el deber de cuidado, en el pensamiento de WELZEL(88), indicaban ya el "orden jerárquico" entre los tres criterios en beneficio de una reconducción de la problemática a la del cuidado necesario (en los delitos imprudentes, especialmente). Pero no es sólo eso, sino que el juego establecido entre el juicio de adecuación como aspecto intelectual y el riesgo per-

(86) De acuerdo, en la conclusión, BINA VINCE, ob.cit. págs. 69 y sigs.; también REHBERG, ob.cit.pág.239; KIENAPFEL, "Das erlaubte Risiko..."cit.pág.28; HIRSCH, en LX, I, Vor parágrafo 51, 25; PREUSS, ob.cit.págs.225 y sigs.

(87) Cfr. KIENAPFEL, ob.cit.pág.28.

(88) Cfr. supra, pág.24

mitido como aspecto normativo del cuidado objetivo exigido, lo permite diferenciar, claramente, "peligrosidad" de "infracción" del deber de cuidado", como lo demuestra la conclusión de que "no toda acción peligrosa es contraria al cuidado", sino sólo aquella, -añade- que supera lo adecuado socialmente(89). Precisamente por eso el riesgo adecuado socialmente pasa a denominarse en WELZEL "riesgo mesurado o comedido" (massvolles Risiko)(90), como categoría más matizada frente a la general de "riesgo permitido".

b.- El pensamiento de WELZEL, sin embargo, deja irresuelto el tema de la absorción de los conceptos o categorías dogmáticas en cuestión en el del deber de cuidado, ya que se apoya esencialmente, revalorizándolo, en el de la "adecuación social de la peligrosidad", al igual que lo hizo ENGELSCH, por ejemplo, cuando alude a que cualquier conducta que se corresponde con el cuidado necesario en el tráfico es adecuada socialmente(91). La formulación de WELZEL es, sin embargo, especialmente preocupante dogmáticamente, porque le confiere al criterio de la adecuación social un peso específico inicial muy importante: no se trata ya de la afirmación lógica de que la conducta cuidada es socialmente adecuada, sino, mucho más directamente, de que sólo lo que supera la peligrosidad adecuada socialmente es contrario al deber. Es decir que se podrá saber si la conducta en el seno de una actividad peligrosa

(89) WELZEL, "Fahrlässigkeit..." cit. pág.17.

(90) WELZEL, "Fahrlässigkeit..." cit. pág.17; el mismo, Lehrbuch, pág.32.

(91) Cfr. supra nota ⁴² pág.327

ha sido contraria al deber de cuidado, y en este sentido ha realizado el injusto imprudente, investigando su adecuación o inadecuación social: en los tipos imprudentes, que se construyen como tipos abiertos(92), al venir constituido su "momento de antijuricidad" por el "deber objetivo de cuidado", la adecuación social incidiría de forma vital rellenándolos o complementándolos al hacer lo propio, según se ha visto, con el principio del deber de cuidado(93).

Sin embargo, tampoco está clara, al margen de la crítica a la dogmática de los tipos abiertos, y a pesar de todo lo anterior, la subsistencia de la adecuación social como criterio útil para la delimitación del deber de cuidado en los tipos imprudentes. A las ya tradicionales críticas con que se ha enfrentado el concepto de "adecuación social" por lo cambiante que puede resultar, y, en consecuencia, por lo peligroso (por generador de inseguridad) que resulta(94), han venido a añadirse consideraciones concretas sobre su superfluidad en los supuestos de "riesgo permitido" y en el tipo imprudente; consideraciones que sintetiza claramente HIRSCH, cuando mantiene que ni el "riesgo no prohibido" (permitido, según terminología domi

(92) En realidad con la teoría de la adecuación social prácticamente todos los tipos serían "abiertos", ya que aún realizando un "tipo cerrado" el juez debe investigar, antes de buscar la causa de justificación tras la "realización" de un tipo, si las acciones eran "socialmente adecuadas". (Cfr. ROXIN, "Offene Tatbestände..." cit. pág.9).

(93) La adecuación social tiene en la formulación de WELZEL una muy especial relevancia para el concepto del "cuidado necesario en el tráfico". Cfr. HIRSCH, "Soziale Adäquanz..." cit. pág.80.

(94) Cfr. HIRSCH, en LK, I, Vor parágrafo 31, 22.

nante) constituye un caso de aplicación de la teoría de la adecuación social(95), ni tampoco lo es (a nivel positivo en Alemania) el concepto del cuidado necesario en el tráfico(96), ya que la adecuación social actúa como concepto a posteriori, es decir interviene en el proceso exactamente a la inversa a como lo construyó WELZEL: resulta absolutamente superfluo, dice HIRSCH, "declarar, tras el examen del caso, que no se podía esperar una mayor diligencia y por otro lado que tal riesgo no prohibido es socialmente adecuado"(97). Las razones por las que es preferible iniciar el proceso de investigación por la observancia, o no, del deber de cuidado, en vez de por la adecuación social de la conducta, se concentran en la mayor concisión alcanzable con el primero frente a la generalidad del segundo. Las valoraciones que se requieren para dilucidar si una conducta peligrosa lesiona o no el deber de cuidado tienen que ser muy concretas, con una situación y un autor muy determinados(98), y, en consecuencia, no solucionables en base a la inmensa abstracción de haberse desenvuelto en el ámbito de lo "adecuado socialmente", criterio, por lo demás, cargado de componentes social-éticos muy acentuados frente al del cuidado exigido en el tráfico (99).

(95) "Soziale Adäquanz..." cit, pág.97.

(96) "Soziale Adäquanz..." cit. pág.96.

(97) "Soziale Adäquanz..." cit, pág.97.

(98) Cfr. al respecto, especialmente, BINA VINCE, ob.cit. págs.64 y sigs.

(99) "Soziale Adäquanz..."cit.pág.97. Por eso concluye también HIRSCH (LK, I, Vor parágrafo 51, 22) que efectivamente existen "puntos de contacto con el concepto de adecuación social", pero que "no se trata de la aplicación de un correctivo penal general del tipo p"adecuación social"- sino del contenido de un elemento específico de la imprudencia constitutivo del tipo".

No parece convincente, por el contrario, la construcción de HIRSCH, con la que pretende reforzar sus críticas en el sentido anterior, entendiendo que existe una especial categoría de riesgos socialmente inadecuados pero atípicos (y en este sentido no enmarcables en la infracción del deber de cuidado(100)), así ^{citado} tampoco es convincente que sea dudoso "que todo lo que aparezca como conforme al tráfico en el concepto de imprudencia, pueda ser clasificado como socialmente adecuado"(101). Y no me lo parece, precisamente, por desenvolverse en una concepción moralista, unilateral (no sólo ética) de la adecuación social. Así se demuestra con los ejemplos de "riesgos socialmente inadecuados no típicos", utilizados por este autor para apoyar su tesis(102): riesgo de lesión para los componentes de un piquete de huelga que se coloca ante la fábrica (en nota, añade HIRSCH que "la huelga y el lock-out no son socialmente adecuados, sino casos excepcionales de auto-ayuda permitida); el riesgo para la salud de la embarazada en una intervención, legal o ilegal, realizada por un médico, para la interrupción del embarazo (en nota, añade, que en el aborto legal "es destruida la vida de un ser humano en potencia, lo que es socialmente inadecuado..."); el peligro para la salud de las prostitutas que "ejercen" en un burdel "de mala fama" en zona portuaria", etc..etc. Es posible, sin embargo, a mi entender, concebir un concepto de adecuación social de naturaleza predominantemente normativa, modulado por el

(100) "Soziale Adäquanz..."cit. pág.95.

(101) En LK, I, Vor parágrafo 51, 22.

(102) "Soziale Adäquanz..." cit. págs. 95/96.

derecho penal, aunque , evidentemente, imbuído (porque co rresponde a su esencia) de componentes social-éticos, pe ro no necesariamente "moralizantes". Así , por un lado, cabría afirmar la adecuación social, en nuestro ámbito cul tural, del aborto, de la huelga y de la prostitución, don tro de un cierto ámbito normado; en este sentido los ries gos aludidos serían "riesgos permitidos" (en los que, ade más, interviene con problemática específica el propio con sentimiento). Por otro lado, la adecuación social, podría seguir jugando como concepto "a posteriori"(103), de forma que, efectivamente, todo lo que se mantuviese dentro del márgen de lo normado se afirmase como adecuado social mente. Desde mi punto de vista no queda más solución que aceptar lo anterior si se quiere seguir manteniendo la realidad o la ficción de un derecho penal justificado.

Pero, efectivamente, retornando^a la acertada crítica de HIRSCH, precisamente porque se trata de aplicar y fijar el contenido de un elemento típico de la imprudencia, no es posible confundirlo con la abstracción de lo "socialmen te adecuado": la atipicidad se puede afirmar con indepen dencia de este último criterio(104). Por un lado porque, como resalta ZIPF, la acción que no ha infringido el deber pbjetivo de cuidado, en el delito imprudente, se correspon

(103) El que un concepto sirva sólo "a posteriori" no quie re decir, a mi entender, que haya que deducir su inutilidad en el ámbito estructural del pensamiento jurídico. Precisa mente aquí es donde ese tipo de conceptos adquieren plena dimensión como justificación global de la estructura jurí dica. Lo que sí conllevan, ineludiblemente, es su propia inutilidad como categoría dogmática en la teoría jurídica del delito.

(104) En este sentido, PREUSS. ob.cit.pág.215, aunque con carácter general, es decir, incluyendo los delitos dolosos.

de on sus efectos a la conducta conforme a derecho, en el sentido de adecuada socialmente, en cuanto a su atipicidad(105). Ello no quiere decir, sin embargo, que "adecuación social" sea idéntico a observancia del deber objetivo de cuidado, como efectivamente apunta ZIPF, pero esta no-identidad se establece, exclusivamente, a nivel teórico, es decir, a nivel del "enfoque" que se adopte para la indagación sobre la conformación de las normas de conducta: afirmar que una conducta es atípica por ser socialmente adecuada, es adoptar una óptica "abstracta" para la indagación de la tipicidad; afirmar que lo es por ser "conforme al deber" (de cuidado), es, por el contrario, adoptar una óptica "concreta" para su indagación(106); esta es, desde mi punto de vista, la forma correcta de entender la "adecuación social" como "werthafter Ordnungsbegriff", en sentido de WELZEL, frente al "cuidado exigido en el tráfico" que constituiría su "parte funcional". Pero acto seguido hay que decir, frente a ZIPF(107), que la no identidad entre adecuación social y observancia del deber de cuidado exigido, no se debe a que la primera se refiera a un "modelo de conducta" y la segunda a una "situación concreta (apreciación generalizante de una situación concreta)". Por el contrario, el cuidado objetivo es, también, un "modelo de conducta", precisamente por la pretensión generalizante que su objetividad conlleva. En este sentido, pues,

(105) "Rechtskonformes und sozialadäquates Verhalten im Strafrecht", en ZStW 1970, (tomo 82) pág. 631. En contra REHBURG, ob.cit. pág. 149.

(106) En sentido similar, ZIPF, "Rechtskonformes..." cit. pág. 651.

(107) Cfr. "Rechtskonformes..." cit, pág. 652.

ambos criterios son idénticos; se refieren a "modelos de conducta" y tienen los mismos "efectos" penales.

Lo que ocurre es que ZIPF no quiere renunciar a la adecuación social como categoría dogmática o causa de exclusión de la tipicidad, independiente(108). Es lo mismo que le ocurre a KLUG y a su teoría de la "congruencia social", frente a la "adecuación social"(109). En efecto, para KLUG el nivel de adaptación o aceptación social de las conductas es perfectamente "graduable" y así debe plasmarse en las correspondientes categorías dogmáticas en derecho penal. En tanto que una conducta está "social-éticamente" autorizada, aunque no "ordenada" -social y éticamente también- puede decirse de ella que se trata de una conducta "socialmente adecuada". Ahora bien, el principio de "adecuación social" no es más que un principio general de justificación. Sin embargo, una conducta no ya autorizada, sino "ordenada social-éticamente", sería "socialmente congruente" y la "congruencia social" sería, un principio general de exclusión de la tipicidad(110).

La trascendencia de estas matizaciones teóricas no sería mucha si no se ordinase-n en el contexto del "cuidado necesario en el tráfico" o deber objetivo de cuidado. En efecto, ello quiere decir, y así lo explicita el propio KLUG, que la constatación de la "contrariedad a deber" -en principio en los delitos imprudentes- no significa aún nada

(108) Cfr. MAURACH-ZIPF, AT, I, págs.229 y sigs. En el mismo sentido STRATENWERTH, AT, I, pág.116/117 (Rdn.337 y 338)

(109) KLUG, "Sozialkongruenz und sozialadäquanz in Strafrechtssystem", en Festschrift für E. Schmidt, págs.249-265.

(110) KLUG, "Sozialkongruenz..." cit. pág.262.

concreto en teoría jurídica del delito, ya que puede querer decir que la conducta ha quedado, fuera de lo "permitido" o autorizado, o bien que ha quedado al margen de lo "ordenado"(111). La importancia de esta afirmación es manifiesta ya que relega, obviamente, el deber de cuidado como elemento típico de la imprudencia, intentando de nuevo el proceso inverso de investigación de las conductas imprudentes. En efecto, dando un paso más, en sede de conductas peligrosas, la concreción de la teoría de KLUG ha de ser que el hecho de correr "un riesgo ordenado excluye el tipo y el de un riesgo solamente permitido justifica, simplemente"; lo primero es "socialmente congruente" y lo segundo "socialmente adecuado"(112). Es decir: hay que investigar inicialmente el riesgo y deducir su carácter de permitido u ordenado; ello sitúa dogmáticamente la cuestión en el terreno de la antijuricidad o en el de la tipicidad, es decir en el de su exclusión, respectivamente; finalmente será posible constatar si la conducta superó, o no, el riesgo permitido o bien el ordenado, y, en consecuencia, afirmar su contrariedad o conformidad a deber. Pero también en caso de que haya sido conforme a deber puede afirmarse, en su caso, su tipicidad.

Si ya con respecto al criterio de adecuación social se hicieron ver las críticas que sugerían su generalidad, vaguedad, abstracción, naturaleza cambiante, etc..., la aplicación de las mismas a una construcción como la presente aparece como obvia; no sólo habría que dilucidar lo adecuado socialmente, sino matizar, además, lo "congruente",

(111) KLUG, "Sozialkongruenz..." cit. pág.259.

(112) Cfr. KLUG "Sozialkongruenz..."cit. pág.260.

y a partir de ahí construir la dogmática del delito imprudente. Pero lo más importante no es el pure aspecto dogmático de la decisión sobre la ubicación sistemática de la adecuación social y del riesgo permitido y el deber objetivo de cuidado -aspecto que conscientemente margino ahora parcialmente- sino su incidencia en el terreno de la seguridad jurídica. No es casual, a nuestro entender, la confirmación, al respecto, del criterio del deber objetivo de cuidado como el más apto para la delimitación del tipo imprudente, constituyendo su infracción, precisamente, el desvalor de la acción en el injusto imprudente.

3).- Pero es que, además y teniendo siempre presente la "justificación" que acabamos de manejar, la moderna dogmática del delito imprudente se ha visto profundamente trágica tocada por la orientación que la "adecuación social" ha imprimido en el "riesgo permitido". Lo erróneo, desde mi punto de vista -y con ello ensayo una nueva crítica a las tradicionales teorías de la adecuación social y del riesgo permitido-, es desvincular el riesgo permitido del juicio de adecuación para ordinarlo, sin embargo, en el seno de la adecuación social. De no haberlo considerado así, como pretende, el "deber de cuidado" aparecería con una conformación técnico-jurídica más concretable, distante en gran medida, aunque no absolutamente, de las connotaciones "social-éticas" que la adecuación social, especialmente, ha desarrollado. Esta pretensión -coincidente parcialmente con un sector importante de la moderna dogmática, que puede considerarse dominante en cuanto que mantiene el abandono del criterio de la adecuación social(113)-, puede

(113) Así, por ejemplo, GALLAS, "Zum gegenwärtigen....."

encontrar su fundamentación dogmática (así se intenta aquí) investigando el propio injusto imprudente, y concretamente a través de la teoría del "aumento del riesgo" (Risikoerhöhung) de ROXIN(114).

a.- En efecto, la existencia de supuestos en los que es constatable una "contrariedad al deber" que conduce a un resultado no querido por el ordenamiento jurídico-penal, pero que se habría producido también "con la más alta probabilidad" en caso de no haber mediado la contrariedad al deber(115), ha dado lugar a una creativa polémica doctrinal en Alemania federal(116), que ha colaborado no poco a la

4..... Stand..." cit.pág.37 y sigs.; BAUMANN, AT, págs. 181 y sigs.; HIRSCH, LK, I, Vor Parágrafo 51, 22; LENCKNER, en "Schönke-Schröder StGB Kommentar, parágrafo 13, 70; SAMSON, en SK, parágrafo 32, 15; Karl PETERS, "Sozialadäquanz und Legalitätsprinzip", en Festschrift für Welzel, 1974, págs.415 y sigs.(427).

(114) Fundamentalmente en, "Infracción del deber y resultado en los delitos imprudentes", en Problemas básicos del derecho penal, págs.149 y sigs.(publicado en alemán en ZStW 1962, (tomo 74), págs.411 y sigs.).

(115) Los cuatro supuestos más debatidos los constituyen, el del conductor de camión que no guarda la distancia reglamentaria al proceder al adelantamiento en carretera de un ciclista embriagado, produciéndose la muerte del ciclista (BGHSt,11,1); el de la venta de "pelo de cabra" sin desinfectar, y consiguientes intoxicaciones (RGSt, 63,211); el del farmacéutico que sigue suministrando medicina con fósforo sin ulterior receta médica, y resultando muerto el niño enfermo por intoxicación de fósforo (RGSt,15,31), y, finalmente, el caso de la novocaína utilizada como anestesia, en lugar de la recomendada cocaína, con resultado muerte del paciente. (Cfr. ROXIN, "Infracción del deber..." cit. págs.149/150).

(116) Fundamentalmente, además del últimamente citado trabajo de ROXIN, ver, también; Arthur KAUFMANN,

clarificación del injusto imprudente, y, en lo que a esta investigación se refiere, a la clarificación de los tan manejados conceptos de riesgo permitido y peligrosidad en la imprudencia, sus límites y la superación de los mismos, y, en definitiva a la fijación del contenido del deber objetivo de cuidado, con independencia de los criterios dogmáticos del riesgo permitido y especialmente de la adecuación social.

A primera vista puede parecer que se dice exactamente lo mismo cuando, como WELZEL, se afirma que "contraria a deber es sólo una puesta en peligro (de bienes jurídicos) que supera la medida en lo "normal en el tráfico", "lo socialmente adecuado", o cuando, como ROXIN, se mantiene que existe lesión del deber, y por tanto, se realiza el corre-

..... "Die bedeutung hypothetischer Erfolgsursachen im Strafrecht, en Festschrift für E. Schmidt, 1961, págs.200 y sigs.; OEHLER, "Die erlaubte Gefahrsetzung und die Fahrlässigkeit", en Festschrift für E. Schmidt, págs.232 y sigs.; Günter SPENDEL, "Zur Unterscheidung von Tun und Unterlassen", en Festschrift für E. Schmidt, cit. págs.183 y sigs.; CRAMER, en "Schönke-Schröder StGB Kommentar", párrafo 13, 170 y sigs.; ULSENHEIMER, "Das Verhältnis zwischen Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei den Fahrlässigkeitsdelikten", 1965; el mismo, "Erfolgsrelevante und erfolgsneutrale Pflichtverletzungen im Rahmen der Fahrlässigkeitsdelikte", en JZ 1969, págs.364 y sigs.; STRATENVERTH, "Bemerkungen zum Prinzip der Risikoerhöhung, en Festschrift für Gallas, 1973, págs.227 y sigs.; SCHAFFSTEIN, "Die Risikoerhöhung als objektives Zurechnungsprinzip im Strafrecht, insbesondere bei der Beihilfe", en Festschrift für Honig, 1970, págs.169 y sigs.; ROXIN, "Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht, en Festschrift für Honig, cit.pág. 133 y sigs.; el mismo, Recensión al libro de ULSENHEIMER, "Das Verhältnis..." cit., en ZStW 1966, (tomo 78, págs.214 y sigs.; GIMBERNAT, "Die innere und die Äussere..." cit. págs.126 y sigs.(esp.); LAMPE, "Täterschaft bei fahrlässiger Straftat", en ZStW 1959, (tomo 71), págs.579 y sigs.; el mismo, "Das personale Unrecht", 1967, págs.219 y sigs.

pondiente elemento típico del delito imprudente, cuando la posibilidad de acaecimiento del resultado ha aumentado por la conducta incorrecta del autor frente al riesgo permitido"(117).

Las diferencias son, sin embargo, significativas. Pero sigamos previa y brevemente con el pensamiento de ROXIN: "una acción -dice- que no sobrepasa el riesgo permitido, que no aumenta el peligro de acaecimiento del resultado, tiene que ser apreciada, si causa un resultado, tan correcta como la conducta no prohibida"(118). Es decir, que los límites del "riesgo permitido" vienen constituidos por el -aumento, o no, de la posibilidad de que se produzca el resultado, o, dicho de otra manera, sobrepasar, exceder, superar el "riesgo permitido" es aumentar las posibilidades de acaecimiento de un resultado. En este sentido existe un "aumento del riesgo", según terminología de ROXIN.

Pues bien si nos aproximamos, ahora, al contenido del "cuidado objetivo" o, mejor dicho, si parcializamos el estudio del contenido del "cuidado objetivo" centrando la atención en las denominadas "reglas de conducta" (Verhaltensregeln) -entendiendo por tales los preceptos de seguridad, las "reglas del arte", etc..., es observable que si bien tradicionalmente eran consideradas, precisamente, como la personificación, encarnación o materialización del cuidado objetivo(119), es mucho más correcto analizarlas,

(117) "Infraacción del deber..." cit. pág.168.

(118) "Infraacción del deber..." cit. pág.168.

(119) Opiniones al respecto en DEUTSCH, "Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt", 1963, págs.157 y sigs.

en todo caso, como "objeto de referencia del deber de cuidado"(120), y, en consecuencia, negar su caracterización como materialización del cuidado objetivo. Constituyen, como con acierto expresa en este mismo sentido BINA VINCE, "normas de experiencia sobre la vinculación de determinadas formas de conducta con determinados peligros propios de ellas y sobre las medidas apropiadas para la evitación de esos peligros"(121), y su contravención, en consecuencia, adquiere el grado de "juicio de prueba", simplemente, para una lesión del cuidado en el sentido del delito imprudente (122).

Retomando ahora las opiniones de ROXIN sobre el "incremento del riesgo", resulta obvia una primera concreción, tras lo dicho, y es que si el riesgo permitido sólo resulta mensurable en conexión con la actitud de una conducta "arriesgada" para producir un resultado, es perfectamente posible considerar que una contravención a una norma de conducta, cualquiera, puede conllevar un juicio de "inadecuación social" (incorrección), sin que con ello se haya incrementado el riesgo de producción de un resultado, es decir, sin que tal contravención haya constituido, todavía, una lesión del deber objetivo de cuidado o contrariedad al cuidado objetivo en el sentido del tipo imprudente. Esto lo demuestra, también, el hecho de la existencia de supuestos en los que el resultado se habría producido igualmente si

(120) HARDWIG, "Pflichtirrtum, Vorsatz und Fahrlässigkeit", en ZStW 1966, (tomo 78), pág.26.

(121) BINA VINCE, ob.cit.pág.77.

(122) WELZEL "Fahrlässigkeit..."cit. pág.19.

se hubiese respetado la aludida norma de conducta(123). Así pues, por esta vía es posible afirmar la existencia de riesgos socialmente inadecuados pero atípicos,^(123 bis) tal y como pretendía -aunque con conceptos erróneos, a mi entender- HIRSCH en su crítica a la teoría del riesgo permitido y la adecuación social(124).

Prosiguiendo con el planteamiento anterior hay que decir, por otro lado, que, en efecto, el "riesgo permitido" es ahora utilizado en un sentido muy diferente a como se hacía en el pensamiento deductivo de Armin KAUFMANN (que señalábase como expresión de la aparentemente insoluble interrelación conceptual referencial entre adecuación social, riesgo permitido y deber objetivo de cuidado) cuando afirmaba que "inadecuación social es en el delito imprudente idéntico a contrariedad al deber" y "contrario al deber es cada riesgo que no está autorizado"(125).

Ahora se utiliza el "riesgo permitido" en un doble aspecto diferencial. Por un lado surge un concepto de riesgo permitido "no causal", y, por otro, que abandona toda

(123) Con ello se ha introducido, además, una segunda matización que resulta interesante resaltar, ya que en pura coherencia resulta imposible mantener que estos supuestos constituyan casos en los que existe una infracción del deber objetivo de cuidado, en el sentido del tipo, y además un resultado desvalorado, y, a pesar de ello no afirmar, todavía, un injusto imprudente. (Cfr. por todos, LENCKNER, "Die Rechtfertigungsgründe..." cit. pág.174). Muy por el contrario, hay que mantener que no ha habido todavía contrariedad al deber, en el sentido del tipo (por eso precisamente no se puede afirmar el injusto imprudente), sino que se ha actuado "incorrectamente". Cfr. ROXIN "Infracción.." cit.pág.168).

(123 Bis) Por distintas razones, de acuerdo, GIMBERNAT, "Delitos cualificados por el resultado y causalidad" 1966, pág.151.

(124) Cfr. supra págs. 337 y sigs.

(125) Cfr. supra, págs. 324 y sigs.

referencia a la adecuación social y puede constituirse en inadecuado socialmente.

Con la expresión "riesgo permitido no causal" se alude, por un lado, a que, efectivamente, hay un ámbito de riesgo afirmable como permitido siempre y cuando se constate la inexistencia de una causalidad adecuada(126). La afirmación, evidentemente, no es pacífica, y no sólo por introducir el discutido criterio del "juicio de adecuación" sino por su utilización en concreto, ya que no está doctrinalmente clara la función del mismo para la determinación del cuidado objetivo en los delitos imprudentes(127). Es suficiente para demostrar lo polémico del tema, contrastar algunas de las más "notables" opiniones. Así, para VELZEL el juicio de adecuación no es más que el "punto de partida" para determinar la tipicidad de la acción, en el sentido de los delitos imprudentes, ya que en cuanto "aspecto intelectual" del proceso de investigación de dicha tipicidad sólo permite deducir si la acción contiene, o no, "posibilidades de peligro para determinados bienes jurídicos"(128)

(126) Entendiendo, pues, el juicio de adecuación en el sentido desarrollado por ENGELCH ("Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände", espec. págs.57/58), y aceptada por VELZEL ("Fahrlässigkeit..."cit. pág.16), de "la persona razonable, que, con la conciencia ontológica de un observador razonable, y con la mayor conciencia especial del autor verdadero, y con la máxima conciencia normológica de su tiempo, dictamina, desde el lugar del verdadero autor, una prognosis sobre el curso causal futuro" (VELZEL, "Fahrlässigkeit..." cit. pág.16).

(127) La exclusión del juicio de adecuación como criterio general de la contrariedad al deber de cuidado inicia el proceso de interrelación referencial de conceptos entre riesgo permitido, adecuación social y cuidado objetivo exigido, en Armin KAUFMANN (Cfr. "Das fahrlässige Delikt", cit. pág.50).

(128) Cfr. VELZEL, "Fahrlässigkeit..."cit. pág.16.

Recuérdese, por otro lado, que esta teoría confluye en la de la adecuación social, y está por tanto condicionada por ella ("contrario al deber, según frase tantas veces repetida, es sólo -opina WELZEL-, la puesta en peligro que supera la medida de "lo normal en el tráfico", "lo socialmente adecuado").

Sin embargo ENGISCH desvela, con anterioridad a esa construcción de WELZEL, la naturaleza de ese "juicio de adecuación" dotándolo de un auténtico contenido. En efecto, para ENGISCH existe una total identificación entre "inobservancia del cuidado necesario" y "juicio de adecuación", en la medida en que, de alguna manera, la teoría de la adecuación expresa una exigencia de un incremento de la posibilidad del resultado, desde el punto de vista de la prognosis, naturalmente. Es decir, el "juicio de adecuación" incidirá sobre la conducta, no simplemente determinando la existencia de posibilidades de peligro, en el sentido de WELZEL, sino afirmando la existencia concreta de posibilidad de resultado, o más claramente, constatando que supone un incremento con respecto a las posibilidades "normales" (de una actividad "arriesgada", por ejemplo). El "cuidado necesario" será, por tanto, la omisión de tales acciones o la realización de aquellas que se afirmen como aptas para evitar el resultado en situaciones en que éste se va a producir con toda probabilidad. "Inobservancia del cuidado necesario, significa, pues -concluye ENGISCH- conducta adecuada"(129). En este sentido hay que entender la afirmación de Armin KAUFMANN de que la teoría de la adecuación no es realmente una auténtica teoría causal(130).

(129) Cfr. "Die Kausalität..."cit. págs. 52 y 53.

(130) "Das fahrlässige Delikt", cit. pág.48.

La teoría de la adecuación ha sido criticada desde muchos aspectos, de entre los que destaca entre los finalistas el "vidrioso" tema nuclear de la previsibilidad objetiva y subjetiva, muy en relación con la famosa naturaleza "accidental" del resultado en la imprudencia(131). No es cuestión de entrar ahora en el tema(132) por su interés sólo tangencial con la pretensión actual.

Interesa resaltar, sin embargo, y por eso se ha traído a colación, cómo efectivamente, con el criterio o concepto del "riesgo" se vuelve, inevitablemente, al "juicio de adecuación"(133).

Pues bien, si antes se habló de un "riesgo permitido no causal" es porque de las aportaciones de ROXIN sobre el "incremento del riesgo" se deduce la inexistencia de infracción del deber objetivo de cuidado, en el sentido del tipo imprudente, por no haberse incrementado la posibilidad de acaecimiento del resultado. Desde mi punto de vista esto quiere decir, simple y llanamente, que la inexistencia de conexión causal adecuada jurídicamente impide la afirmación de la infracción del deber objetivo de cuidado como

(131) Cfr., por todos, Armin KAUFMANN, "Das fahrlässige Delikt", págs.48 y sigs.

(132) Es suficiente señalar, junto a las críticas en torno a la "previsibilidad" ya señalada, la conclusión de DI NAVINCE: "... la teoría de la adecuación sirve, reconocidamente, para la constatación del resultado típico, pero no de la conducta típica... Para la comprobación de qué conducta está autorizada o prohibida, y con ello para la delimitación de los tipos del delito, la teoría de la conexión causal relevante jurídicamente no tiene ninguna significación"(ob.cit.pág.69).

(133) En este sentido, Armin KAUFMANN, "Das fahrlässige Delikt", cit.pág.50.

elemento del tipo del injusto. Para poder rellenar de esta forma el concepto del deber objetivo de cuidado es preciso trascender del terreno exclusivo de la causalidad (133 bis), y a ello se debe también la introducción del elemento del "incremento del riesgo", ya que, tal y como queda bien claro en RUXIN, no se trata de solucionar los casos en cuestión en base a la investigación de la causalidad en cursos causales hipotéticos, sino en base a la constatación de lo verdaderamente realizado(134).

Porque -como con acierto demuestra GIMBERNAT- la aceptación del terreno de los cursos causales hipotéticos (que supone, en definitiva, la aplicación de la fórmula de la *conditio-sine-qua-non*) con la pretensión de rellenar el concepto de "infracción del deber objetivo de cuidado" al margen de la causalidad, produce los efectos exactamente inversos: ni demuestra que no se ha realizado la lesión del cuidado cuando el resultado no se habría evitado de haber actuado conforme al deber, ni tampoco demuestra que el resultado no se debió, precisamente, a la infracción del deber(135).

Pero, por otro lado, la no trascendencia del terreno de la causalidad, o del "nexo", puede explicar (aunque no fundamentar) la impunidad en los supuestos en que el resultado se habría producido igualmente, aunque no es capaz de superar la contradicción que supone tener que de-

(133 bis) Cfr. Armin KAUFMANN. "Das fahrlässige Delikt", cit. pág.48.

(134) Cfr. "Infracción del deber..." cit. pág.169.

(135) GIMBERNAT, "Die innere und die äussere..." cit. pág. 127.

envolverse en el seno de los cursos causales hipotéticos, ni es capaz, tampoco, de definir con claridad la naturaleza del "nexo" o la "relación" a la que aluden. Buena demostración de ello lo constituye la teoría de LAMPE (no siempre debidamente resaltada) sobre el "desvalor de la relación" (Beziehungsunwert) y la perturbación o lesión de la "paz jurídica" (Verletzung des Rechtsfriedens)(136).

En esencia la fundamentación de LAMPE consiste en construir un desvalor situado entre el desvalor de la acción y el desvalor del resultado, o, según su terminología, entre "desvalor del sujeto" y "desvalor del objeto". De esta forma el desvalor queda dividido en tres "partes": desvalor del sujeto, del objeto y de la relación. Los dos primeros no son más que fundamentos para el tercero y, por lo demás, no pueden fundamentar por sí mismos el desvalor relevante penalmente.

El desvalor de la relación se construye, pues, (matizando más las palabras anteriores) como supra-concepto que recibe en sí el desvalor de la acción y el del resultado, de forma que no es suficiente la simple adición de ambos para afirmar la existencia de injusto penal: uno y otro son "indicios", "fundamentos" para el injusto. En una primera conclusión, pues, "el desvalor del sujeto y el del objeto son significativos sólo como desvalor de la relación": sólo el desvalor de la relación posee relevancia jurídica directa y constituye, en consecuencia, "el verdadero fundamento para el enjuiciamiento de un suceso como injusto" (ni la mera interioridad, ni el resultado, lo son).

(136) Cfr. "Das personale Unrecht", 1967, especialmente págs. 206 y sigs.

Todo ello confluye, o mejor dicho, se llena de contenido con el concepto de "paz jurídica" como fundamento general del "valor" y de su lesión como "desvalor". Con este criterio explica, además, entre otras cosas (intentando superar las insuficiencias de las teorías subjetivas y objetivas) la no punición de la tentativa frente al consumado, o la punición de las conductas imprudentes sólo si se produce el resultado. Pero en concreto al abordar los supuestos como los que motivaron la teoría del incremento del riesgo de ROXIN, afirma, la inexistencia de injusto precisamente, por no haberse producido perturbación o lesión de la paz jurídica, a pesar del resultado. En cuanto a la esencia del injusto personal, pues, sería "la perturbación o lesión, contraria al deber, de la paz jurídica de la comunidad".

La divergencia con respecto a la concepción de ROXIN es, sin embargo, importante, ya que LAMPE sí mantiene la existencia, en tales casos, de un desvalor de la acción (infracción del deber) en el sentido del injusto imprudente, al tiempo que niega la del injusto por inexistencia de lesión de la "paz jurídica", en su vinculación ya referida al "desvalor de la relación": "sólo donde, a través de una infracción del deber por parte del autor, se origina una perturbación de la paz jurídica puede hablarse de responsabilidad. Pero no se produce una perturbación de la paz del Derecho si el resultado, que el autor ha producido con infracción del deber, también habría acontecido con una conducta conforme al deber"(137). En tal caso, hay desvalor del sujeto y del objeto, pero no de la relación: en consecuencia no hay injusto.

(137) LAMPE, "Das personale Unrecht", cit. pág.222.

Si se decía que la teoría del "incremento del riesgo", en la dimensión tratada anteriormente, situaba el "riesgo permitido" en un entorno técnico-jurídico, que pretendíamos sintetizar mediante la fijación de un concepto de "riesgo permitido no causal" (que aunque aparentemente pueda suponer una reiteración en los términos tiene la virtualidad de recalcar, desvelándolo, el carácter causal que se le había imprimido) -si se mantenía eso, decía- era también para hacer quebrar su conformación referida a la "adecuación social", en beneficio exclusivo de su valor referencial con el deber de cuidado, "expulsando", por tanto, de la problemática que nos ocupa el concepto de adecuación social, cuando, precisamente, tal y como ya se ha señalado, es en este terreno de la imprudencia en donde había desarrollado, fundamentalmente, su importancia en la dogmática del delito. Todo ello es posible mantenerlo aún optando por distintas formas de conjugar el juicio de adecuación con el riesgo permitido, frente a la aquí expuesta, y, por supuesto, optando ya por la construcción de ROXIN de considerar que no se ha realizado el elemento típico de la infracción del deber de cuidado, ya por la de LAMPE de negar el injusto a pesar de afirmar la lesión del deber de cuidado. La única desventaja de esta última teoría con respecto a la anterior es que exige la introducción de un nuevo concepto no fácilmente delimitable, como es el de "paz jurídica", aunque, a mi entender, lo es bastante más que el de "adecuación social", y, desde luego, no confundible con él. En efecto, hay que reparar que es perfectamente posible afirmar la inexistencia de una perturbación de la paz jurídica a pesar de la constatación de lo "inadecuado socialmente" de una determinada forma de actuar: no cabe duda

de que -por tomar uno de los supuestos característicos ya aludidos- el conductor del camión que no respeta la distancia reglamentaria en un adelantamiento, actúa de forma "inadecuada socialmente" (precisamente por eso la norma (administrativa) de conducta ordena lo contrario), y, sin embargo, si el resultado habría sobrevenido igualmente ("con la más alta probabilidad") no existe "perturbación de la paz jurídica", en el sentido de LAMPE.

Sin embargo, qué duda cabe de que la presencia del criterio de "la más alta probabilidad" referido a la posibilidad del resultado, introduce elementos de indecisión, capaces de fundamentar una crítica muy semejante a la que se refería a la teoría del juicio de adecuación, cuanto más si, como se ha visto, la reconducción de la teoría del incremento del riesgo hacia la del juicio de adecuación, en sentido de ENGISCH, fundamentalmente, es perfectamente posible. Así por ejemplo, se ha señalado en la doctrina que si existe la posibilidad de afirmar la más alta probabilidad de que el resultado hubiera acaecido igualmente de haberse observado la norma de conducta (distancia en los adelantamientos a ciclistas, por ejemplo), es porque también existe la de afirmar que de haberse observado la norma de conducta la probabilidad habría sido menor(138).

(138) Este planteamiento encierra en sí la propia contradicción de las denominadas "teorías del nexo", o teorías que pretenden la resolución de estos supuestos por la vía exclusiva de la investigación de la causalidad a través de cursos causales hipotéticos. Por eso ROXIN remite su teoría del incremento del riesgo a una constatación de lo realmente realizado y no de lo que "hubiera o habría sucedido": "El tratamiento jurídico de tales situaciones no depende de lo que habría ocurrido en realidad -cosa que en la mayoría de los casos no se puede saber -sino, exclusivamente, de si una conducta conforme al deber habría disminuido.....

4).- Sin embargo -y a esto se aludía antes con la referencia a otras posibles formas de conjugar el juicio de adecuación y el riesgo permitido-, la solución a este aparente "callejón sin salida" está implícita en la construcción jurídica vinculada al incremento del riesgo hecha anteriormente. En efecto, su desarrollo debe concluir en que infracción del deber objetivo de cuidado es incremento del riesgo de producción de un resultado, siempre y cuando ese incremento no se deba a causalidad adecuada concurrente no reconducible directamente a la propia conducta. Ello supone el reconocimiento de que el paso del riesgo simplemente lícito (en el sentido de actividad arriesgada que el derecho penal no tiene ni que autorizar ni que prohibir) al terreno del riesgo causalmente adecuado jurídico-penalmente, suele constituir un aumento o incremento del riesgo, y en este sentido una infracción del deber objetivo de cuidado en el sentido del tipo imprudente. Sin embargo, ello sólo es confirmable tras la constatación de que el resultado no se habría producido igualmente(139).

..... de modo mensurable el peligro de producción de un resultado. No estamos aquí ante una cuestión de hipotéticos cursos causales, sino ante un problema de enjuiciamiento pericial que se puede solucionar de modo general conforme a criterios científicos" ("Infracción del deber..."cit.pág. 169). En general, sobre la cuestión de la probabilidad en el concepto de "peligro", ver HSCRIVA GREGORI, "La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho penal", 1976 (especialmente, págs.19 y sigs.).

(139) La formulación aquí mantenida nada tiene que ver con la denominada "teoría del germen del daño" de extensa fundamentación en Arthur KAUFMANN ("Die Bedeutung..."cit.págs. 200 y sigs.) en la que encuentran su máxima expresión los cursos causales hipotéticos. La dogmática mantenida en el texto es exactamente la inversa: la actuación sobre un curso causal hipotético en marcha supone, en principio, un incremento del riesgo de producción del resultado reconducible, directamente, a la propia conducta. Por eso son

Con todo esto se ha llegado a un punto en el que, por un lado, se convierten en absolutamente extraños, por inútiles jurídicamente, los conceptos de "riesgo permitido" (140), y de "adecuación social", tal y como son generalmente entendidos en las correspondientes teorías (al menos en lo que al delito imprudente se refiere) y, por otro lado, existe un criterio referencial de "riesgo" que, ordenado inicialmente en una problemática causal, y trascendiendo, después, de ella, sienta las bases para una concepción normativa del deber objetivo de cuidado en el sentido del tipo. Importa resaltar, aunque es observable claramente en el matizado tratamiento hecho anteriormente del "juicio de adecuación", que estas conclusiones no se deducen directamente de la aceptación de la teoría de la adecuación en sede de causalidad, sino de los postulados del "incremento del riesgo" que en una determinada parcela coinciden con los de la adecuación.

5).- Pues bien, cuando LENCKNER, fundamentando dogmáticamente una opinión dominante, alude, como se vió al principio del capítulo, a la relevancia para la exclusión del injusto del "examen conforme a deber" en aquellas causas de justificación que conllevan una componente del "riesgo permitido", no está dando, a mi entender, ni un sólo paso adelante en la fundamentación de tal exigencia,

..... perfectamente punibles, por ejemplo, las infracciones de deber en relación a los deberes de vigilancia y custodia del personal de un hospital.

(140) Cfr. en contra, GIMBERNAT, "Die innere und die äussere..." cit. pág. 143, que entiende que en el cuidado objetivo, en el sentido del tipo, se incluyen tanto las acciones de riesgo inadecuadas, como las ordenadas en el seno del riesgo permitido.

sencillamente porque el criterio que utiliza, es decir el del "riesgo permitido", está vacío de contenido, o al menos superado en el contenido con que allí se utiliza. Puestas así las cosas hay que afrontar el "examen conforme a deber" en una perspectiva mucho más global, que inicialmente habrá de centrarse en su consideración, ya como elemento (subjetivo) general para la exclusión del injusto, ya como criterio para la evitabilidad del error sobre la causa de justificación o sobre sus presupuestos de hecho.

La polémica, al respecto, queda perfectamente planteada a través de la siguiente (extensa) conclusión del propio LENCKNER: "En verdad pierde significación esta limitación del riesgo permitido a determinados casos, si se parte de la nueva (?) teoría según la cual una lesión de un bien jurídico no es antijurídica, con carácter absolutamente general, si se ha observado el cuidado exigido en el tráfico. Es decir, si se excluye, tal y como opina la doctrina dominante, un hecho doloso en caso de error sobre los presupuestos de una causa de justificación, y sólo viene al caso una comisión imprudente, ello significa que falta el tipo, o por lo menos la antijuricidad, del delito imprudente si el autor ha observado el cuidado objetivo, es decir, si su error no era evitable inclusive con el examen conforme a deber. De esta manera el examen conforme a deber conduciría, como resultado final, a la conformidad a derecho en todas las causas de justificación"(141).

Obviamente esta opinión se desenvuelve en la aceptación de la denominada "teoría limitada de la culpabilidad", lo

(141) LENCKNER "Die Rechtfertigungsgründe..."cit,pág.182.

dual constituye un auténtico "a priori", y, además, produce (al margen de su corrección o incorrección dogmática, aspecto que, evidentemente no se descuidará a partir de aquí) una inmediata necesidad de esclarecimiento de unos cuantos puntos iniciales.

Un primer problema -al que se aludió antes, y que englobará a los restantes en el intento de su resolución- es si la exigencia del examen constituye un auténtico presupuesto formal para la exclusión del injusto, y, en este sentido, tendría que serlo como elemento subjetivo de justificación, o bien adquiere importancia sólo en los supuestos de error sobre la causa de justificación o sus presupuestos de hecho(142).

Al entender la doctrina científica y jurisprudencial dominante sobre el ejercicio legítimo del cargo, que el "examen conforme a deber" de la situación de justificación constituye un auténtico elemento de la justificación(143) incurre, como mínimo, en tres errores fundamentales, a mi entender: en primer lugar reduce y traslada la función del "cuidado objetivamente debido" a la de la justificación subjetiva, dada la generalmente admitida equiparación entre "examen conforme a deber" y "cuidado exigido"(144); en segundo lugar margina el auténtico elemento subjetivo general de justificación, tal y como fue caracterizado anteriormente

(142) Cfr. ZIELINSKI, ob.cit. págs.272/273.

(143) Cfr. supra, págs. 42 y sigs.

(144) Para evitar esta crítica se intenta desvincular el "examen debido" del "cuidado objetivo exigido", mediante la introducción del criterio del "riesgo permitido".

te (como "conocimiento volición de la causa de justificación)(145); y en tercer lugar, incurre en la contradicción dogmática de aceptar la teoría del dolo.

En efecto, en principio no existe ninguna razón de peso para que a los elementos objetivos y subjetivos exigidos para la concreta exclusión del injusto se añada la exigencia del "examen conforme a deber", puesto que la obligación de ejercitar el deber de cuidado viene establecida con carácter general por el derecho penal, con independencia de la problemática concreta de las causas de justificación. Ello sólo tiene sentido si lo que se pretende en tales casos es fortalecer la consciencia subjetiva de la necesidad de la conducta en concreto(146), o lo que es lo mismo, y de forma especialmente clara en los supuestos de ejercicio del cargo, a través de la exigencia de rigurosidad en la constatación de la situación objetiva se pretende que el funcionario concluya en la conveniencia jurídica de la acción a realizar. Objetivos y conceptos, todos, que han de barajarse en el plano de la culpabilidad (teoría de la culpabilidad), sin que admitan su ubicación en el del injusto por referirse, obviamente, a la lesión del derecho, es decir a la "consciencia de la antijuricidad"(147). Porque, además, el elemento subjetivo es otro

(145) Cfr. supra, pág. 202.

(146) Cfr. LENCKNER, que al aludir a la importancia del deber de examen en el ejercicio del cargo alude a que "no queda excluida una justificación porque según la situación real no era necesaria una intervención, sino que, por el contrario, es suficiente (para la justificación) si el que actúa tenía que llegar, en base al examen conforme a deber, a la opinión de que era necesaria una intervención" ("Der rechtfertigende Notstand", cit. pág. 203, nota 51).

(147) En este sentido, cfr., en concreto, ZIELINSKI, ob. cit. pág. 273.

y muy distinto. Con razón opina WELZEL que el exámen conforme a deber puede existir sin que el autor está subjetivamente justificado : un médico puede hacer abortar tras un cuidadoso exámen de la embarazada en el que observa que no existe ningún posible perjuicio que justificase el aborto por estado de necesidad (148). Piensese, por otro lado, que la consecuencia lógica de la extensión del elemento subjetivo en determinadas causas de justificación sería, tal y como ya se señaló al analizar entre otras cuestiones, el valor divergente de la sentencia sobre el ejercicio del cargo del OLG Stuttgart de 27.8.1970 y la correspondiente crítica de KUPER (149), que en caso de existencia de los presupuestos objetivos de la justificación, y de haber sido ^{percibido} por el autor correctamente pero sin haber realizado el exámen conforme a deber, no podría hablarse de exclusión del injusto (150) : toda la teoría del elemento subjetivo de justificación resulta ignorada.

Así pues, la construcción del "exámen conforme a deber" como presupuesto formal (subjetivo) para la exclusión del injusto o bien confluye en la exigencia del conocimiento de la antijuricidad, o, mejor dicho, de la conformidad a derecho, en cuyo caso es perfectamente inútil en el plano del injusto (desde la teoría de la culpabilidad), o bien es expresión de la exigencia de observancia del deber objetivo de cuidado, lo cual convierte su exigencia en innecesaria, y, sin embargo, permit

(148) WELZEL, "Der übergesetzliche Notstand und die Irrtumsproblematik", en JZ 1955, pag. 143, nota 6 a

(149) Cfr. supra, pags. 37 y sigs.

(150) En este sentido, WELZEL, "Der übergesetzliche...", cit. pag. 143, y ZIELINSKI, ob. cit. pag. 272

sin fundamentación, una subjetivización de la exclusión del injusto, en general predominantemente criticada, pero en salzada en referencia al ejercicio del cargo.

La otra vía dogmática es conceder relevancia al "examen conforme a deber" exclusivamente en los supuestos de error sobre los presupuestos de la causa de justificación. En este terreno dogmático sí es posible hacer jugar a la exigencia del deber de examen su auténtico papel, y, al realizarlo, retornar a la dogmática general del deber de cuidado, con alguna especificidad en sede de error de prohibición.

En la dogmática moderna este aspecto ha sido, lógicamente, bastante desarrollado, hasta poder decir que constituye doctrina mayoritaria aquella que niega significación al "examen conforme a deber" como elemento subjetivo general de justificación⁽¹⁵¹⁾, concediéndole relevancia sólo para el caso de que los presupuestos objetivos de la causa de justificación no existan, para la resolución de la problemática del error, por tanto,⁽¹⁵²⁾ merece la pena destacarse, al respecto, la acertada opinión de LENCKNER, en el sentido de que el deber de examen existe en todas las causas de justificación ya que, en caso contrario, "no se podría penar al autor por su hecho imprudente (según la teoría estricta de la culpabilidad, doloso) si erró culpablemente"⁽¹⁵³⁾, es decir, matizando, si su error era evitable.

(151) Cfr. supra, pág. 42/43

(152) Así, WELZEL, "Der Übergesetzliche..." cit. pág.143; LENCKNER, "Die Rechtfertigungsgründe..." cit. pág.182/183; ZIELINSKI, ob.cit. pág.276; JESCHECK, Lehrbuch, pág.265. En el mismo sentido, ENGISCH, "Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum bei Rechtfertigungsgründe", en ZStW 1958, (tomo 70), págs. 606 y sigs.(607.

(153) "Der rechtfertigende..." cit. pág.200/201.

Lo que ocurre es que con no menos generalidad se admiten las excepciones ya conocidas.

Con carácter general, sin embargo esta óptica, sin excepciones, parece ser la correcta, ya que en caso de afirmarse la inobservancia del deber de examen de la situación objetiva de justificación lo que ocurre, como con acierto señala ZIELINSKI, es que, a pesar del elemento subjetivo de justificación, se ha lesionado innecesariamente un bien jurídico, es decir, se produce un resultado lesivo que podría haber sido evitado y debía haberlo sido(154), es decir, dicho con otras palabras, se está versando sobre la evitabilidad del error, pero, al tiempo, sobre la existencia o no de una infracción del deber objetivo de cuidado, de forma que al afirmarse la inevitabilidad del error sobre los presupuestos de hecho de la causa de justificación se está manteniendo, al tiempo, la inexistencia de injusto imprudente. Porque, sensu contrario, no se trata en casos de evitabilidad del error por irrealización o insuficiente realización del examen conforme a deber de la situación de una imprudencia de derecho, que permitiría mantenerse en el terreno de la culpabilidad, sino de una imprudencia de hecho, cognitiva(155), que es la que constituye injusto(156).

(154) Ob. cit. pág.276

(155) En este sentido, ZIELINSKI, ob. cit. págs.276 y sigs., separándose, por tanto, de la teoría estricta de la culpabilidad.

(156) En la doctrina española pretende CORDOBA RODA ("El conocimiento de la antijuricidad..." cit. pág.130/131; "Una nueva concepción del delito..."cit.pág.92; "Die Regelung der Fahrlässigkeit im spanischen Strafrecht", en ZStW 1975, págs.435 y sigs.) que también la "imprudencia de derecho" constituye delito imprudente (injusto) a tenor del art. 565 C.P. ya que "si la malicia significa la

III.- Las teorías de la culpabilidad en el error sobre los presupuestos de hecho de la justificación.

1.- Las bases de la polémica doctrinal.

La cuestión recientemente aludida constituye un punto nuclear en la discusión dogmática de los últimos años. La significación de este tema en la dogmática penal se constata especialmente si se tiene en cuenta que la afirmación

..... volición sin consciencia de la antijuricidad del resultado típico y si el delito imprudente presupone la falta de malicia, tal y como la ley pone expresamente de manifiesto, entonces resulta claro que existe un delito imprudente tanto en la imprudencia de hecho como en la "imprudencia de derecho" (ob. ult. cit. pág.436). Ello presupone el reconocimiento de la imposibilidad de la teoría (estricta) de la culpabilidad en el C.P. español, (a favor de la elaboración de CORDOBA, cfr. MUÑOZ CONDE, "Comentarios al Código Penal y dogmática jurídico penal", en ADPCP 1974, págs.488/489); desde la óptica causalista, sobre la imposibilidad de la teoría (estricta) de la culpabilidad. Cfr. TORIO, "El "error iuris", perspectivas materiales y sistemáticas", en ADPCP 1975, pág.38; favorable a su aplicabilidad al derecho positivo español, CEREZO, Notas a la traducción de "El nuevo sistema del derecho penal" de WELZEL, nota 30, págs.113/114, con argumentos específicos en contra de la construcción de CORDOBA, en nota 16 (págs.66/67). Tanto las argumentaciones generales en torno a lo forzado de la distinción entre dolo y malicia en el sistema español, como las específicas en torno a la incoherencia que las construcciones jurídicas a que da lugar supone respecto a la concepción finalista sobre el injusto doloso ("NO es posible afirmar, simultáneamente, que el dolo es el elemento subjetivo más característico del tipo y que el error evitable ha de subsumirse en el art. 565 como culpa de derecho. El precio de esta doble declaración no podría ser más alto: la admisión de una culpa jurídica implica que el dolo comporta la consciencia de la antijuricidad -con lo que todo el finalismo se volatiliza-; por otro lado, como ROXIN ha puesto ocasionalmente de manifiesto, la inclusión del dolo en el tipo hace preceptivo pronunciarse en favor de las teorías de la culpabilidad" (TORIO, ob.cit. pág.38), autorizan la vía

de que en tales casos se trataría de una "imprudencia de derecho", está en la base de las argumentaciones de la teoría estricta de la culpabilidad, en un principio dirigidas contra la de los elementos negativos del tipo y su resolución de los casos de justificación putativa como errores sobre el tipo, y ulteriormente, también, frente a soluciones similares aunque al margen de la citada fundamentación.

En efecto, si el dolo es dolo del hecho, es decir, de las circunstancias del hecho contenidas en el tipo legal, tal y como se deduce de la teoría del error sobre el tipo como excluyente del dolo (156 bis), parece claro que en los supuestos de error que nos ocupan existe, precisamente, dicho dolo como consecuencia y voluntad de la realización de la lesión típica del bien jurídico. Si ello es así parece que sólo desde las "teorías del dolo", en cuanto conformantes de un dolo radicalmente distinto al anteriormente descrito, sería correcta la afirmación de la exclusión del dolo en tales supuestos de error,⁽¹⁵⁷⁾ con la consiguiente confusión con la comisión imprudente⁽¹⁵⁸⁾. Al

..... divergente, intentada por la doctrina finalista, de mantenerse en la tradicional concepción y ubicación del error de prohibición. Por mi parte entiendo que también esta vía dogmática es incorrecta, tal y como se constatará ulteriormente, por lo que no queda más remedio que intentar, y así se hace en este trabajo, la demostración de que en tales casos nos encontramos ante una auténtica "imprudencia de hecho".

(156 bis) Cfr. parágrafo 16 del StGB alemán (antiguo 59).

(157) Cfr. WELZEL, Comentario a la sentencia BGH de 1-7-1952, pág.597; también, Armin KAUFMANN, "Lebendiges und Totes Nox mentheorie", 1954, págs.258/259.

(158) Cfr. WELZEL, Lehrbuch, pág.163.

no reconocer categorías intermedias entre el error sobre el tipo y el error sobre la prohibición opina WELZEL que, en consecuencia, esas situaciones tienen que reconducirse a supuestos de error sobre la prohibición, error que no lo es sólo el que versa sobre la prohibición en abstracto o en general, sino también el que se refiere al concreto "estar prohibido"(159).

1.1.- Pero es que, además, el conocimiento de la realización típica del resultado parece incidir negativamente en la posible resolución de estos errores sobre la situación de justificación en el ámbito de la imprudencia, ya que, en efecto, son muy distintas las situaciones: una cosa es que se conozca y se quiera la realización del tipo objetivo y se cause el resultado típico, en cuyo caso sólo cabrá preguntarse si debía realizarse o no (es decir, si estaba justificada su realización), y otra muy distinta es que no exista tal conocimiento y sobrevenga el resultado, en cuyo caso hay que preguntarse sobre la existencia o no de infracción del deber objetivo de cuidado (tipo imprudente)(160); la imprudencia de hecho, al igual que el dolo, está referida al tipo en sentido estricto(161).

En este sentido opinan Armin KAUFMANN y HIRSCH sobre la imposibilidad de compatibilizar el conocimiento y la voluntad de realización de la lesión típica del bien jurídico con la esencia de la imprudencia, ya que, además, la

(159) Cfr. WELZEL, Comentario..." cit. págs.598/599.

(160) Cfr. WELZEL, Comentario..." cit. pág.598.

(161) Cfr. KRUMPELMANN, "Stufen der Schuld beim Verbotstatum", en GA 1968, pág.133.

utilización en torno a la evitabilidad del error del criterio del "examen conforme a deber" sólo tiene que ver con la imprudencia de derecho o "imprudencia antijuricidad", en terminología de HIRSCH, es decir, revierte finalmente en la resolución sobre la cuestión de la "legalidad" de la lesión del bien jurídico realizada consciente y voluntariamente(162). Es decir, que para la teoría estricta de la culpabilidad la realización del "examen conforme a deber" confirma la inevitabilidad del error sobre la justificación, por lo que se mantiene la acción como típica y antijurídica pero no culpable, en tanto que la no realización de dicho examen, al confirmar la evitabilidad del error, hace merecedor al que actúa de la pena por un hecho doloso (realización del tipo doloso): existe, pues, antijuricidad, aunque la pena pueda ser reducida dada su "menor culpabilidad"(163).

(162) Así, Armin KAUFMANN, "Tatbestandseinschränkung und Rechtfertigung", en JZ 1955, págs.37 y sigs.(39) y HIRSCH, /Die Lehre..." cit. págs.311 y sigs.(318): "En resumen hay que confirmar que no es compatible con el sentido de los tipos imprudentes aplicar el parágrafo 59 (actual parágrafo 16, error sobre circunstancias del hecho) al error sobre los presupuestos de hecho de una causa de justificación. A ellos (los tipos imprudentes) concierne sólo la "imprudencia de hecho" (es decir, ante todo, la imprudencia del resultado). En la legítima defensa putativa culpable, y casos semejantes, no se trata, por el contrario, de imprudencia de hecho, sino de "imprudencia-antijuricidad": irrealizado o insuficiente examen de la lesión del bien jurídico realizada consciente y voluntariamente".

(163) Según el nuevo parágrafo 17 (error de prohibición), en relación con el parágrafo 49, 1 del StGB alemán.

A pesar de las críticas que ha merecido tal conclusión, globales, apelando, en el fondo, al sentido de "justicia" (164), lo cierto es que no resulta fácil desmontar dogmáticamente (165) su lógica interna. Así, por ejemplo, resulta un tanto superficial la emitida por LENCKNER (166), en el sentido de que es contradictorio solucionar el problema del error sobre los presupuestos de hecho de la causa de justificación, en el que se incurre a pesar de haberse realizado el "examen conforme a deber" de la situación objetiva, en sede de culpabilidad, cuando, por otro lado -y aquí alude directamente a WELZEL- se afirma que el ordenamiento jurídico no puede exigir a nadie "más allá de la observancia del deber objetivo de cuidado". En tal crítica, por lo demás reconducible a la argumentación de "justicia" anteriormente señalada, existe, obviamente, un trasfondo cierto. Pero no hay que olvidar que en la teoría estricta de la culpabilidad el criterio del examen conforme a deber" es utilizado sólo para la delimitación de la

(164) Cfr., por todos, ROXIN, "Offene Tatbestände..." cit. pág. 129.

(165) A ello alude, implícitamente, ROXIN cuando dice que "...o como se piensa en el Proyecto 1962 se puede aceptar por razones sistemático-dogmáticas un hecho doloso en el caso de un error sobre los presupuestos de las causas de justificación, pero por consideraciones político-criminales se puede imponer, sin embargo, sólo la pena del hecho culposo" ("Política criminal y sistema del derecho penal", 1972, págs. 29/30). En su detenido estudio al respecto crítica acertadamente, sin embargo, la contradicción entre dogmática y política criminal que supone la fórmula del Proyecto 1962 (cfr. "Die Behandlung des Irrtums im Entwurf 1962", en ZStW 1964, (tomo 76), págs. 582 y sigs. Ver infra, pág. 416

(166) "Die Rechtfertigungsgründe..." cit. pág. 183.

evitabilidad del error sobre la prohibición, y no, por tan to, para la afirmación o negación, al tiempo, de la infrac ción del deber objetivo de cuidado, es decir del elemento del tipo del injusto imprudente(167).

1.2.- Para evitar, sin embargo, la consecuencia última de la teoría estricta de la culpabilidad, es decir, la pe nalización por hecho doloso en caso de evitabilidad del error, se han intentado diversas construcciones jurídicas, de no siempre aceptable coherencia dogmática. Sin intentar agotar el de por sí "infinito" (en el sentido de "inacaba-
ble") tema del error sobre los presupuestos de hecho de la causa de justificación, interesa, sin embargo,, detenerse en estas teorías para desvelar, así, la auténtica función del "examen conforme a deber" en el ámbito de las causas de justificación y, específicamente, en los supuestos de ejercicio (coactivo) del cargo.

Evidentemente desde la teoría de los elementos negati vos del tipo la afirmación de la exclusión del dolo en es- ta clase de error (evitable o inevitable) es una consecuence cia directa de su concepción del tipo, es decir, del dolo: se trata de una aplicación directa(168) de la normativa

(167) Por eso WELZEL entiende que el examen conforme a de- ber puede analizarse desde las ópticas, claramente diferente tes, de las distintas funciones que se le pueden asignar dogmáticamente, o bien como elemento subjetivo, o bien co mo elemento de la culpabilidad ("Der übergesetzliche Nots tand" cit. pág.142).

(168) SCHAFFSTEIN, "Putative..." cit. págs,196 y sigs.; el mismo, "Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum" en Göttinger Festschrift für das OLG Celle, págs.175 y sigs.; V.WEBER, "Der Irrtum über einem Rechtsfertigungsgrund", en JZ 1951, págs.260 y sigs.; el mismo, "Negative..."cit.pág.183 y sigs; Arthur KAUFMANN, "Zur Lehre von den negativen

sobre error sobre el tipo. Su especificidad es, pues, su concepto "valorativo" del dolo, deducido del correspondiente concepto del tipo (o viceversa). Es preciso, pues, matizar las connotaciones valorativas del dolo. Para ello es interesante recordar la opinión antes señalada de WELZEL y de Armin KAUFMANN, en el sentido de que sólo una concepción del dolo vinculada al conocimiento de la antijuricidad hacía factible la afirmación de la exclusión del dolo en los supuestos en los que, como los errores reseñados, es constatable inicialmente la subsistencia de lo que ha venido en denominarse dolo del tipo o dolo del hecho. Pero es que, incluso sin tomar en cuenta esta crítica a la teoría de los elementos negativos del tipo por su concepción del dolo como "dolus malus", lo cierto es que la propia naturaleza del dolo del tipo (Tatbestandsvorsatz) incita al conocimiento de connotaciones valorativas que destruyen^{su} confirmación "neutral" o "ciega" (169), sin que ello esté en contradicción con la teoría finalista crítica de la de los elementos negativos del tipo al respecto. En efecto, precisamente en la base de las distintas valoraciones jurídicas, y consecuencias, del error sobre el tipo y del error sobre la prohibición se encuentra la exigencia de que en este último se cumpla un pleno dolo del tipo que, precisamente por existir, condiciona un "impulso" o "incitación" a la consideración (errónea) del valor jurídico de

..... Tatbestandsmerkmalen, en JZ 1954, págs. 653 y sigs.; el mismo, "Tatbestand, Rechtfertigungsgründe und Irrtum", en JZ 1956, págs. 353 y sigs.; ENGISCH, "Tatbestandsirrtum ..." cit. págs. 594 y sigs.

(169) Cfr. Arthur KAUFMANN, "Die Irrtumsregelung im Strafgesetz-Entwurf 1962", en ZStW 1964, (tomo 76), pág. 559.

la conducta. Consideración que puede definirse más amplia o flexiblemente que el concreto conocimiento de su antijuricidad. Es lo que ENGISCH denomina la "consciencia actual de la "Nichtswürdigkeit" de la conducta"(170), o la "incitación" a examinar la conformidad a derecho o no de la conducta, que fundamenta la reprochabilidad del error evitable de prohibición, precisamente por considerarse que el conocimiento de las "circunstancias del hecho" comporta el surgimiento de tal incitación. Pues bien, en la pretensión diferenciadora entre el error sobre el tipo y el de prohibición de los finalistas estrictos se manifiesta claramente esta pretensión de establecer como condición para que el autor se enfrente con la valoración jurídica de su conducta el conocimiento de las circunstancias objetivas pertenecientes al tipo(171). Y así, la conclusión de la teoría estricta de la culpabilidad tiene coherencia interna cuando considera que la creencia errónea evitable sobre los presupuestos de hecho de la causa de justificación ha de resolverse en la punibilidad del hecho doloso, ya que el dolo pleno del hecho enfrentó al autor con la necesidad de responderse sobre el carácter jurídico o no de su conducta, es decir, sobre la prohibición. Y es, precisamente, en torno a ésta sobre la que versó el error(172). Para ENGISCH, por el contrario, lo que ocurre cuando el autor supone la situación justificante es que se trastoca esa relación del dolo con la desvalorización del hecho, y

(170) "Tatbestandsirrtum.. " cit. pág.573.

(171) Así, Taira FUKUDA, "Das Problem des Irrtums über Rechtfertigungsgründe", en JZ 1958, págs.147.

(172) Cfr. FUKUDA, ob.cit. pág.147.

al dirigir (subjetivamente) su acción hacia un fin valorado quiebra el reproche por dolo, subsistiendo en su caos, el hecho como imprudente. Pero sobre las implicaciones y razones de esta elaboración se volverá ulteriormente.

En cualquier caso la anterior argumentación de la teoría estricta de la culpabilidad no puede ser absoluta, tal y como pretenden sus defensores; también en supuestos de actuación en los que no se dá el dolo pleno del tipo (error sobre una circunstancia del hecho perteneciente al tipo legal) es exigible el análisis de la corrección o no de la conducta, por lo que ello no puede considerarse una consecuencia exclusiva de la existencia del dolo pleno del tipo(173). El hecho de que la argumentación no sea absoluta no demuestra, a mi entender, sin embargo, que su utilización en los casos de existencia del dolo pleno del hecho sea incorrecta, ya que la constatación de que en otros supuestos ocurre lo mismo relativiza la argumentación pero no la invalida, desde el momento en que implícitamente se está argumentando que efectivamente también es correcta su utilización en los supuestos de existencia del dolo pleno del hecho. La relativización consigue, sin embargo, restarle valor demostrativo absoluto ya que conduce a la conclusión de que todo error habría de ser reconducible al de prohibición: en última instancia todo se resumiría en un preguntarse por parte del que actúa sobre la conformidad a derecho, en sentido amplio, de su conducta(174). De ser ello así la diferenciación entre error sobre el tipo y sobre la prohibición no tendría sentido, con lo que se llegaría a la conclusión opuesta a la pretendida.

(173) En este sentido, ENGISCH, Tatbestandsirrtum... "cit. pág. 590.

(174) Cfr. v. WEBER, "Der Irrtum..." cit. pág. 262.

Lo más relevante, sin embargo, es la crítica que se ha hecho, con especial intensidad desde las filas de la teoría de los elementos negativos del tipo, a la artificialidad del concepto de dolo moldeado para la sustentación de la teoría estricta de la culpabilidad, en tanto que referido, simplemente, al conocimiento y voluntad (no valorativos) de un tipo objetivo, cuya realización, por lo demás, no supondría más que un indicio de la antijuricidad" en el mejor de los casos, y del que aparecen segregadas las causas de justificación. Si se centra en este aspecto el interés de la investigación de las aportaciones críticas de la teoría de los elementos negativos del tipo es por que su concepto del dolo, comprensivo de las circunstancias del tipo total o Gesamttatbestand, introduce en él connotaciones valorativas (dolo delimitado negativamente), que conducen, sin embargo, a su exclusión por error sobre dichas circunstancias. Dicho de otra forma, lo que interesa en esta óptica no es la subsistencia o no de la conciencia de la lesión de un interés, como criterio básico para el tratamiento diferenciador del error sobre el tipo y el de prohibición, sino la subsistencia o no de la referencia desvalorativa del dolo. La crítica dogmática se ha de centrar, por tanto, en la propia relevancia penal de un "dolo del tipo". en el sentido de la teoría estricta de la culpabilidad, o, dicho de otra forma, en la fundamentación de una diferenciación entre el dolo del tipo y el conocimiento-volición de la lesión de un interés, y, en consecuencia, en la fundamentación de la relevancia o irrelevancia de este conocimiento como criterio diferenciador en supuestos

de error(175). La dilucidación de esta cuestión es fundamental, ya que toda la elaboración jurídica de la teoría estricta de la culpabilidad sobre el error se asienta en la indisoluble unión del conocimiento de la lesión de un interés con el dolo del tipo(176). En este sentido las situaciones que se pueden generar desde el punto de vista de la teoría estricta de la culpabilidad son bien diferenciables: o bien falta el dolo del tipo, y con ello el conocimiento de la lesión de un interés, o bien se utiliza ese conocimiento, pero a causa de una situación erróneamente supuesta como existente se cree que se está autorizado para albergar un contra-interés justificante(177).

Cuando ENGISCH inicia su crítica a esa "vinculación conceptual" y concibe que cuando el autor supone la situación justificante trastoca esencialmente la relación del dolo del tipo con la desvaloración jurídica de su conducta, es porque previamente ha establecido que no siempre la inexistencia del dolo del tipo significa la del conocimiento de la lesión de un interés(178): se pueden desconocer "cir

(175) Cfr. ENGISCH, "Tatbestandsirrtum..." cit. páh. 592 y sigs. La importancia de este planteamiento se pone de manifiesto a la hora de investigar la posible subsistencia de desvalor de la acción dolosa en supuestos de justificación putativa. Cfr. al respecto, Armin KAUFMANN, "Lebendiges und Totes..." cit. pág. 246 y sigs.; también, KRÜMPELMANN, "Stufen..." cit. págs. 134 y 136.

(176) De acuerdo, también, HARDEG, "Sachverhaltsirrtum und Pflichtirrtum", en GA 1956, pág. 378.

(177) ENGISCH, "Tatbestandsirrtum..." cit. pág. 592.

(178) "Tatbestandsirrtum..." cit. pág. 592.

cunstancias del hecho" y subsistir la conciencia de la lesión de un interés. Lo que pretende, obviamente, ENGISCH es negar que la diferencia entre inexistencia del dolo del tipo y errónea suposición de una situación objetiva justificante consista en que en el primero de los casos falta la conciencia de la lesión de un interés, en tanto que en el segundo de ellos existe tal conciencia, ya que de admitirse este planteamiento habría que reducir la existencia de un "ímpulso" a examinar los presupuestos de la conformidad a derecho a los casos de error sobre la situación justificante(179) que quedarían enmarcados, pues, en el ámbito del error sobre la prohibición. Al no ser cierta, como pretende ENGISCH, esta vinculación entre "falta de dolo del tipo" y "falta de la conciencia de la lesión de un interés", esta argumentación no podrá ser válida para fundamentar una teoría sobre el error sobre los presupuestos de la causa de justificación.

Lo que ocurre, en realidad, es que según la concepción de ENGISCH no es posible diferenciar entre una actuación en esa clase de error y una en error sobre el tipo, ya que, en definitiva, ambas situaciones son reconducibles a un error sobre el "objeto del hecho" (Tatobjekt): tan error esencial sobre el tipo es la confusión del cazador que toma a una persona por una pieza de caza, como la del que confunde al propio compañero con un enemigo (ejemplo del soldado de guardia), o al delincuente con el inocente (ejemplo del funcionario de policía), o al agresor con el no agresor (en la legítima defensa)(180).

(179) "Tatbestandsirrtum..." cit, pág. 393/394.

(180) ENGISCH, "Tatbestandsirrtum..." cit. pág. 395.

De ser correcta la óptica del "objeto del hecho" es forzosa la aceptación de la teoría de los elementos negativos del tipo: la muerte de una mosca no sería diferente a la de un hombre en legítima defensa, diría WELZEL. En última instancia, pues, es la crítica general a esta teoría la que mejor afronta, críticamente también, sus argumentaciones parciales tendentes a negar la subsistencia del dolo en los casos de error sobre los presupuestos de hecho de una causa de justificación. Pero ello no es estrictamente necesario recogerlo en este trabajo, ya que a los efectos que interesan es suficiente con retornar críticamente a la pretendida desvinculación entre el dolo del tipo y la conciencia de la lesión de un interés.⁽¹⁸¹⁾ Porque lo que resulta innegable es que el rasgo diferenciador del error de prohibición es, precisamente, la existencia de un dolo pleno del hecho o de realización del tipo objetivo⁽¹⁸²⁾, y, en consecuencia, esa ha de ser la causa o fundamento de su más estricto tratamiento penal: el dolo y el tipo no fundamentan la responsabilidad aquí, sino que delimitan su terreno⁽¹⁸³⁾. Pero es que, además, cuando el autor se encuentra en una justificación putativa no es que haya dejado de tener conciencia de la lesión de un interés, sino que si realiza la acción es porque ha vencido su "impulso de omitirla" (impulso que es consecuencia de su dolo

(181) No resulta convincente, a mi entender, la pretensión de ENGISCH de ordinar la diferencia valorativa, jurídicamente, entre las situaciones descritas en el texto, en el seno de la teoría de los elementos negativos del tipo (Cfr. "Tatbestandsirrtum..." cit. pág. 596/597.

(182) Ello es cierto, también como punto de partida, para ENGISCH, cfr. "Tatbestandsirrtum..." cit. pág. 575.

(183) Así, KRUMPELMANN, "Stufen..." cit. pág. 134.

del tipo y de la conciencia de la lesión de un interés, consecuente) por suponer una situación justificante, y no porque no tenga conciencia de la lesión de un interés, a pesar de su dolo del tipo(184). Dicho de otra forma, su decisión se debe a una respuesta errónea sobre lo autorizado o antijurídico de su conducta, es decir, a una respuesta errónea a su "impulso" o "incitación".

1.3.- Qué duda cabe, sin embargo, de que el origen del error es de naturaleza cognitiva. En tales casos el error se debe a un erróneo conocimiento de la situación objetiva, fáctica, y no a una valoración "ab initio" sobre la prohibición o autorización. En este sentido cabría hablar de un "error sobre las circunstancias del hecho pertenecientes al tipo de la autorización" (Erlaubnistatbestandsirrtum), o "contra-tipo" (Gegentatbestand)(185). Sobre esta base parece lógica la pretensión de la denominada "teoría limitada de la culpabilidad"(engeschränkte Schuldtheorie) de la aplicación analógica de la normativa del error sobre circunstancias del hecho del tipo legal a los supuestos de justificación putativa: su punición será, en su caso, por imprudencia. De nuevo el criterio de la realización o no del "examen conforme a deber" de los presupuestos objetivos de la causa de justificación se sitúa como punto central de la problemática tratada, y, de nuevo también, vinculado a la cuestión de si su realización o no afecta a la imprudencia de hecho o a la de derecho, en el ámbito de la evitabilidad o no del error.

(184) Con razón, KRUMPELMANN, "Stufen..." oit, pág.134; incorrectamente, pues, ENGISCH (ofr, supra, págs.379 y sigs).

(185) Terminología, esta última, utilizada por HARDWING, "Sachverhaltsirrtum..." oit. pág. 376.

A estas alturas de la investigación la defensa de las citadas conclusiones de la "teoría limitada de la culpabilidad" en sus distintas formulaciones, tendría que enfrentarse, todavía, con que no sólo queda por demostrar la exclusión del dolo, y en concreto del dolo "conocimiento de las circunstancias pertenecientes al tipo legal", sino también la inexistencia de imprudencia de hecho en caso de realización del "examen conforme a deber" de la situación de justificación. Pero es que, además, la reivindicación hecha por Armin KAUFMANN de que, precisamente, la imprudencia (de hecho) es el dominio del error de prohibición (186) complica más el panorama dogmático.

Obsérvese que la teoría de la culpabilidad, en general, se había desarrollado fundamentalmente en torno al hecho doloso, dada su naturaleza alternativa frente a la teoría del dolo, por lo que su punto nuclear lo constituye el denominado dolo del hecho, para la resolución ya conocida, de los supuestos de error de prohibición.

La afirmación, pues, de Armin KAUFMANN significa el trasplante exacto de dicha teorización referida al hecho doloso al terreno del hecho imprudente sobre la base de que la culpabilidad del delito imprudente no es de distinta naturaleza a la del doloso (y la imprudencia de hecho se ordena en el tipo imprudente al igual que el dolo del hecho lo está en el doloso) (187). La consecuencia es que la imprudencia de hecho (en el ámbito de las causas de justificación) también puede ^{resol} verse en un error reprochable (evitable) de prohibición o error sobre el deber. Concretando

(186) "Das fahrlässige Delikt", cit. pág. 52.

(187) Cfr. "Das fahrlässige Delikt", cit. pág. 52.

más, ello quiere decir que en los casos de inexistencia de la situación justificante la no realización del exámen conforme a deber genera, por error evitable sobre el deber jurídico, la punición por el hecho doloso, y en caso de la realización de dicho exámen la impunidad por exclusión de su culpabilidad, dada la inevitabilidad del error: en ambos casos es posible la punición de los partícipes, y también por tentativa. Porque estas últimas consecuencias constituyen, precisamente, uno de los puntos que más han preocupado a la doctrina y jurisprudencia en la República Federal Alemana, y que ha originado más críticas contra cualquier pretensión de exclusión del dolo en los casos de justificación putativa(188).

Para una mejor comprensión de la anterior opinión y de sus implicaciones, es útil ponerla en relación con la construcción jurídica de Werner HARDWIG, que desde otra óptica, profundizó en esta problemática, aplicando sus construcciones jurídicas sobre el "error sobre la situación de hecho" (Sachverhaltsirrtum) y el "error sobre el deber" (Pflichtirrtum), pero desde la teoría del dolo(189). Esta óptica permite una construcción dogmática con pretensión de exclusión del dolo(190) por justificación putativa, al margen

(188) Cfr., por todos, DREHER, StGB, parágrafo 16, 27.

(189) HARDWIG, "Sachverhaltsirrtum..."cit, pág.374.

(190) La posible punición "como doloso" sólo tiene que ver, en HARDWIG, con una "remisión" de la pena.

de la teoría de los elementos negativos del tipo; porque en efecto, el tipo al que se alude en la regulación y problemática del error sobre las circunstancias del hecho, no puede ser concebido como el "tipo total" o Gesamtbestand, o como incluyente del "contra-tipo", sino como el tipo legal penal(191), es decir el continente de los elementos fundamentantes del injusto: el dolo es, pues, al respecto, conocimiento de las citadas "circunstancias del hecho pertenecientes al tipo". También es cierto que la regulación vigente en Alemania Occidental sobre el error de prohibición (parágrafo 17 StGB) consagra la teoría de la culpabilidad, por lo que podría carecer de interés intentar solventar la problemática que nos ocupa desde cualquier planteamiento que siguiese vinculando el dolo al conocimiento de la antijuridicidad (no obstante, sigue siendo de interés entrar en esta vía, aunque sólo fuese porque la conceptualización de allí extraída se encuentra en la base, precisamente, de la más reciente alternativa dogmática al tratamiento del error sobre los presupuestos de hecho de una causa de justificación (rechtsfolgein-geschränkte Schuldtheorie o rechtsfolgeinverweisende Schuldtheorie). En última instancia, pues, la polémica doctrinal se reducirá a los términos ya señalados por VELZEL(192), de si es posible mantener desde la teoría de la culpabilidad la exclusión del dolo por error sobre los presupuestos

(191) HARDWIE, "Sachverhaltsirrtum..." cit. pág.377; DREHER, "Der Irrtum über Rechtfertigungsgründe", en Festschrift für Heinitz, 1972, pág.218/219. (Citamos por su especial significación en éste contexto).

(192) En comentario a la sentencia BGH de 1-7-1952, cit. pág.597. Cfr. supra, pág.365/366

objetivos de la causa de justificación(193), y la correspondiente delimitación del problema al terreno de la imprudencia, pero el camino dogmático para llegar a esa instancia final pasa por numerosas construcciones jurídicas.

Se decía que en algunas opiniones vinculadas directa o indirectamente a la teoría del dolo, era posible encontrar algunas claves conceptuales interesantes para su traslado ulterior a una dogmática afincada en la teoría de la culpabilidad. Así ocurre con la tipificación hecha por HARDWIG del error sobre el deber o "Pflichtirrtum" como contrapuesto al que versa sobre circunstancias objetivas o "Sachverhaltsirrtum". La conocida crítica que se dirige contra este último de que supone un retorno a la antigua distinción entre error de hecho y error de derecho(194), es obviada

(193) Que la polémica sigue planteada en estos términos lo confirma, también, la opinión de ZIPF, en "Maurach-Zipf, AT, I, pág.555, cuando mantiene que el concepto fundamental en la teoría de la acción final no conduce ineludiblemente a la teoría estricta de la culpabilidad. La importancia de tal planteamiento es especialmente resaltable cuando se trata de autores que se mueven al margen de la teoría de los elementos negativos del tipo y dentro de la teoría de la culpabilidad, ya que es entonces cuando la cuestión del dolo y de la imprudencia se manejan libres de los condicionamientos de aquella concepción del tipo; condicionamientos que son preceptibles, por ejemplo, en v. WEBER, ("Der Irrtum über einen Rechtfertigungsgrund", cit. pág., o en "Negative Tatbestandsmerkmale, cit.), en SCHAFFSTEIN ("Tatbestandsirrtum..." cit., y, con anterioridad, en "Putative..." cit., especialmente en pág.198), o en los escritos de esas fechas de Arthur KAUFMANN ("Zur Lehre von den negativen..." cit., o "Tatbestand, Rechtfertigungsgründe und Irrtum" cit.).

(194) Así lo recoge el propio HARDWIG, respecto a la crítica de Arthur KAUFMANN. SCHAFFSTEIN, por su parte, critica el término de "error sobre las circunstancias objetivas de una causa de justificación" por considerar que "recuerda al error de hecho". Dada la existencia, también

por HARDWIG en base, precisamente, a una concepción "abstracta" del error sobre el deber, diferenciadora frente al antiguo error de derecho. Y así, la dogmática moderna recupera el concepto de "error sobre las circunstancias objetivas" (*Sachverhaltsirrtum*) para la diferenciación, en sede de error sobre causas de justificación, de las situaciones que han de ser tratadas como error sobre el tipo frente a aquellas otras que lo han de ser como error de prohibición(195). La base argumental de HARDWIG es que "todo lo que no es error sobre el deber es error sobre las circunstancias objetivas"(196). Si se tiene en cuenta que el error sobre el deber se concibe, exclusivamente, como error sobre el deber "abstracto"(197), se comprenderá que se pueden incluir también entre los supuestos de error sobre las circunstancias objetivas aquellos que versan sobre una determinada situación jurídica real: "quien no sabe, por causas jurídicas, que no ha adquirido propiedad sobre una cosa, se encuentra en un error sobre las circunstancias objetivas, aunque su error sea, también, un error de derecho"(198). Pero lo destacable son las consecuencias que hay que deducir de la conceptualización del error sobre el deber, es decir sobre la prohibición, como error sobre el

..... en los tipos de las causas de justificación, de elementos normativos «prosigue SCHAFFSTEIN- lo aconsejable será hablar de "error sobre el tipo de la causa de justificación (Cfr. "Putative..." cit. pág.196).

(195) Así, por todos, ZIPF, en Maurach-Zipf, AT, I, pág. 555.

(196) HARDWIG, "Sachverhaltsirrtum..." cit. pág. 372.

(197) HARDWIG, "Sachverhaltsirrtum..." cit. pág. 371.

(198) HARDWIG, "Sachverhaltsirrtum..." cit. pág. 372. No tenía razón, por tanto, SCHAFFSTEIN en su argumentación basada en la no necesaria inclusión de los elementos normativos como objeto del error del autor, utilizada para criticar el concepto de "Sachverhaltsirrtum", por considerarlo restrictivo. cfr. supra pág. 381 nota 194

deber en abstracto. En efecto, en los casos de error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación el autor no desconoce -dice HARDWIG- su deber abstracto (su error le hace creer, precisamente, que su deber abstracto está contemplado jurídicamente; en situación de agresión ilegítima actual el deber abstracto jurídico es "defenderse"), sino que desconoce su deber concreto, al igual que ocurre en cualquier supuesto de error sobre las circunstancias objetivas: el autor no sabe que en este caso, aquí y ahora, no estaba autorizado para disparar"(199). Como quiera que el dolo ha quedado previamente vinculado al conocimiento de la antijuricidad, dada la adscripción de HARDWIG a la teoría del dolo, desaparecerá, en tales supuestos, al desaparecer el citado conocimiento.

Aplicadas estas conclusiones a la imprudencia habrá que decir que "si el error sobre los presupuestos de hecho de una causa de justificación no es un error sobre el deber sino un error sobre las circunstancias objetivas, entonces el error imprudente sobre dichos presupuestos tampoco es una imprudencia de deber (Pflichtfahrlässigkeit) sino imprudencia de hecho (Tatfahrlässigkeit)"(200). La consecuencia lógica es la aplicación, por extensión, de la normativa del error sobre el tipo, ya que la aplicación directa fué negada al hacerlo con la teoría de los elementos negativos del tipo,(201).

(199)HARDWIG, "Sachverhaltsirrtum..." cit. pág.376.

(200)HARDWIG, "Sachverhaltsirrtum..." cit. pág.377.

(201)Ulteriormente, como se sabe, el propio HARDWIG admitirá, con distinciones y por distintas razones, la remisión de la pena a la del hecho doloso.

No cabe minusvalorar, sin embargo, las diferencias que el propio HARDWIG reconoce entre las situaciones de conocimiento de la situación de hecho pero no del deber referido a ella, y las de desconocimiento de la propia situación de hecho: la naturaleza del reproche es distinta para ambas (202). De la misma manera existen diferencias entre el error sobre circunstancias de hecho del tipo legal y el error sobre circunstancias de hecho del contra-tipo (causa de justificación), ya que en el primero se desconoce la intervención en una esfera jurídica (o en un bien jurídico) ajena, en tanto que en el segundo caso el autor lo sabe (203). Como tampoco cabe ignorar, a mi entender, que el punto de partida argumental de que todo lo que no es error sobre el deber es error sobre las circunstancias objetivas, equivale a afirmar que "todo error sobre la antijuricidad del hecho, que no es un error sobre la circunstancia del hecho, es error de prohibición", según mantiene WELZEL (204), y que, en consecuencia, el punto central de la argumentación de HARDWIG [y su diferencia respecto al anterior planteamiento de WELZEL] se reduce, simplemente, a la consideración de que el error de prohibición (error sobre el deber) versa sobre el deber abstracto, es decir sobre la prohibición general. Y esto no es, ni mucho menos, indiscutible.

Por el contrario, el reconocimiento por parte de HARDWIG de que con el término de "circunstancias del hecho"

(202) HARDWIG, "Sachverhaltsirrtum..." cit, pág.372.

(203) HARDWIG, "Sachverhaltsirrtum..." cit, pág.378.

(204) WELZEL, Comentario a la sentencia BGH de 1-7-1952, cit. pág.598.

alude la ley alemana a un concepto restrictivo del tipo penal, debe conducir, para no ser contradictorio con su propia teoría, a que el error sobre la presencia o no de la causa de justificación tendría que ser, ineludiblemente, un error sobre la prohibición, ya que no lo es sobre las citadas circunstancias del hecho. Dicho de otra forma, -siguiendo a WELZEL- resultará que será ^{la} concreta anti-juricidad, es decir, el error sobre la antijuricidad del hecho concreto, la que resulta significativa para el error de prohibición. Y no cabe duda de que este error sobre la antijuricidad de la acción puede haber tenido por origen un error sobre las "reglas generales del actuar" o uno sobre la existencia real de la situación justificativa(205).

Aun reconociendo la corrección de esta opinión, hay que recordar, de nuevo, sin embargo, que el origen del error en estas situaciones de justificación putativa es de naturaleza claramente cognitiva, y que parece lógico que ello deba alterar en alguna medida su tratamiento con respecto al error de prohibición. A este planteamiento se siguen aferrando todas las argumentaciones que pretenden establecer la similitud con respecto al error sobre el tipo. Y se dice la "similitud" porque parece que dogmáticamente no puede ser evitada la existencia del dolo del hecho o del tipo.

Pero es importante retornar al tema de la imprudencia de hecho, tal y como quedó planteada por HARDWIG(206), para proseguir en el intento de clarificación de la problemática de error en cuestión.

(205) WELZEL, Comentario a la Sentencia..."cit. págs.598/599.
Cfr. supra, pág.366

(206) Cfr. supra, pág.383

La afirmación de que el error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación confirmaría un in justo imprudente (en caso de haber sido evitable de haber se realizado el exámen de los mismos) por tratarse de una imprudencia de hecho, y no de derecho, sólo puede fundamentarse en la naturaleza del error, o mejor dicho en la naturaleza de su causa y origen u objeto de referencia.

En efecto, la imprudencia de derecho es la evitable valoración jurídica defectuosa de una circunstancia, y se resuelve en el ámbito del error de prohibición, es decir, concierne a la culpabilidad por afectar al conocimiento de la antijuricidad. La imprudencia de hecho, por el contrario, viene al caso cuando no se conoce una circunstancia que se podía y debía haber conocido si se hubiese observado el cuidado necesario. Trasladando estos conceptos a los supuestos de error sobre la situación de justificación parece claro que el que actúa no yerra directamente sobre la valoración jurídica de una circunstancia por infracción de su deber de cuidado, es decir, no yerra sobre la "valoración del objeto", sino sobre la circunstancia misma, es decir, sobre el "objeto de la valoración"(207) en terminología y teoría de DOHNA. El carácter cognitivo de la imprudencia, es decir, el desconocimiento reprochable de la situación en que se basa la conducta, conduciría, pues, a su consideración como imprudencia de hecho(208), lo que equivale, obviamente a admitir la formulación de HARDWIG de que si el error sobre los presupuestos de hecho de la causa de justificación no es un error sobre el deber (abg

(207) Cfr. ZIELINSKI, ob.cit. pág.277; LACKNER, StGB, párrafo 17, 5 b.

(208) ZIELINSKI, ob.cit. págs.278 y sigs.(278).

tracto o concreto, se puede añadir), sino sobre la situación objetiva, el error imprudente ha de ser una imprudencia de hecho. En la formulación de ZIELINSKI esta pretensión se expresa, por su muerte, utilizando el mismo origen argumental y desarrollándolo hasta concretarlo en que no existe ninguna diferencia esencial entre la imprudencia que se refiere al error sobre el tipo de la autorización y la ^{unánimemente} admitida imprudencia de hecho referente al error sobre el tipo de la prohibición(209).

En ambos casos -mantiene ZIELINSKI- el reproche jurídico consiste en el conocimiento defectuoso de la situación de hecho, y a ello, por tanto, hay que reconducir todo el planteamiento. Así, resultará que el cazador que toma una "mancha oscura" en la maleza por un jabalí -utilizando el tan manido ejemplo- no demuestra ninguna ^{dirección} defectuosa de su acción cuando dispara, ya que lo que está haciendo es "cazar un jabalí" y el hecho de "cazar jabalíes" no es imprudente. El injusto reprochable sobrevendrá, en su caso, por el falso conocimiento de la situación real. Se trata, en consecuencia, de una imprudencia de hecho. Idéntica situación o circunstancia se produce -prosigue ZIELINSKI- si el cazador considera erróneamente que el arma de otro cazador (furtivo) apunta hacia él, y dispara por considerar que existe un peligro actual para su vida. En este supuesto también se daría un conocimiento defectuoso de la situación real, así como un proceso final de dirección de la acción no defectuoso (la necesaria acción de salvación). Así pues, concluye, "el error evitable sobre el tipo de la autorización se basa en imprudencia cognitiva"(210).

(209) Ob.cit. pág.278.

(210) Ob.cit. pág.278.

Es curioso observar la triple, y paradójica, coincidencia que se produce al respecto. En efecto, la afirmación anterior se mantiene en la doctrina tanto desde la teoría de la culpabilidad (ZIELINSKI) como desde la del dolo (HARDWIG), y en ambos casos al margen de la teoría de los elementos negativos del tipo. Pero no menos destacable es la parcial coincidencia de ambos con la últimamente citada teoría. Porque si bien la exclusión del dolo se produce por causas distintas (en ZIELINSKI por compensación del desvalor de la acción a través del elemento subjetivo de justificación, en HARDWIG por inexistencia de conocimiento de la antijuricidad, y en los defensores de la teoría de los elementos negativos por desconocimiento de una circunstancia del tipo), la afirmación del injusto imprudente es, sin embargo, coincidente, incluso en la fundamentación, en los supuestos de error evitable sobre los presupuestos objetivos de la causa de justificación. Salvando, pues, las diferencias consistentes en la no admisión de la aplicación directa de la normativa del error sobre el tipo, la argumentación es reconducible a la tantas veces utilizada desde la teoría de los elementos negativos del tipo, de que el error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación es un error sobre el tipo porque es un error sobre la circunstancia objetiva (Sachverhalt).

La incorrección general de este planteamiento ya fué puesta de manifiesto por HIRSCH(211), centrándose en la inadmisibile confusión que conlleva entre tipo y circunstancias objetivas del delito (Verbrechenssachverhalt), por

(211) "Die Lehre von den negativen..." cit. págs. 222 y sigs.

lo que resulta inválido para la fundamentación de la exclusión del dolo. No lo es, sin embargo, a mi entender, para la fundamentación del injusto imprudente en caso de evitabilidad del error (no realización del exámen conforme a deber, por ejemplo), y de su inexistencia en caso contrario.

A esta última opinión no es ajena la consideración de que existen diferencias importantes entre la relación del error de prohibición con el hecho doloso y con el imprudente(212); en este último la coexistencia de una imprudencia de derecho con una imprudencia de hecho se sustancia en la intrascendencia absoluta de aquella; lo que cuenta es, exclusivamente, que ha habido una conducta defectuosa, es decir, que la imprudencia (de hecho) no constituye, frente a la opinión de Armin KAUFMANN(213), el "dominio" del error de prohibición(214).

El paralelismo en el plano de la culpabilidad entre el hecho doloso y el imprudente no es obstáculo para la anterior afirmación si se analiza correctamente el contenido del deber objetivo de cuidado en el sentido del tipo. Así, cuando Armin KAUFMANN equipara la exclusión de la culpabilidad por desconocimiento de la antijuricidad en el hecho doloso (error sobre la norma de prohibición o de mandato)

(212) En este sentido, HARDWIG, "Pflichtirrtum, Vorsatz und Fahrlässigkeit", en ZStW 1966, (tomo 78), pág.24.

(213) Cfr. *supra*, pág.378

(214) Cfr. HARDWIG, "Pflichtirrtum..." cit. pág.26. En el sentido de Armin KAUFMANN, en nuestra doctrina, TORIO-LOPEZ, "El "error iuris", perspectivas materiales y sistémicas", en ADPCP, 1975, pág.39.

con la exclusión de la misma en el imprudente (desconocimiento de la antijuricidad imprudente, es decir, de la contrariedad al deber, por error sobre la norma de cuidado) (215), para demostrar su ubicación en el error de prohibición, es porque considera incorrectamente las "reglas del arte" o normas concretas de cuidado como "contenido" del deber de cuidado(215 bis), cuando lo cierto es que no son más que su "objeto de referencia"(216), y por tanto el error sobre la norma de cuidado no es identificable con el error sobre el deber de cuidado. Ello quiere decir que el deber objetivo de cuidado se independiza del ámbito del error de prohibición en el hecho imprudente, generando su infracción una imprudencia de hecho.

Aplicado lo anterior al ámbito de las causas de justificación ello significa que la no realización del examen conforme a deber de los presupuestos objetivos de una de ellas puede sustanciarse en una imprudencia de hecho relevante (al margen, ahora, del indiscutible dolo del hecho) y no simplemente en un error sobre la legalidad o "juricidad" de su conducta(217), y, en consecuencia, que esa imprudencia de hecho relevante no es enmarcable en el ámbito de la existencia de culpabilidad por error evitable de prohibición, sino de la del injusto imprudente: si el funcio

(215) "Das fahrlässige Delikt", cit. pág.52.

(215 bis) Cfr. CORDOBA RODA, "Die Regelung der Fahrlässigkeit im spanischen Strafrecht", en ZStW 1969 (tomo 81, pág.434.

(216) Cfr. supra, pág.345/346

(217) Tal y como en un principio pretendía Armin KAUFMANN, en "Tatbestandseinschränkung und Rechtfertigung", en JZ 1955, pág.39, o HIRSCH, "Die Lehre von den negativem...", cit. pág.318. Cff. supra pág.366/367

nario creía estar actuando "cuidadosamente" (creía no infringir su deber de cuidado) es intrascendente, ya que lo que cuenta es que ha habido una conducta defectuosa, es decir, una infracción del deber objetivo de cuidado.

En resumen, pues, tanto por la naturaleza cognitiva del error (Sachverhaltsirrtum), como por la especial relación del error de prohibición, en su caso, con el hecho imprudente, la imprudencia afirmable en casos de error sobre los presupuestos de hecho de la causa de justificación es una imprudencia de hecho.

Ahora bien, como quiera que en estos supuestos de error existen, también, una concreta referencia de la finalidad a un determinado resultado típico, resulta forzoso dogmáticamente aludir a una "imprudencia". Ello no es obstáculo, sin embargo, para proseguir en la afirmación de la existencia de una infracción del deber objetivo de cuidado referida al hecho, es decir, de naturaleza cognitiva, y que se ha plasmado en una conducta defectuosa.

1.4.- En un primer nivel provisional de conclusiones hipotéticas, un sector de la doctrina se plantea, una vez llegados a este punto por vías divergentes y distintas a las aquí expuestas, la posible evolución dogmática de la constatación de que el contenido del injusto es, pues, doble, o de que se conforma de los elementos del injusto doloso y del imprudente.

A mi entender existen dos posibles alternativas generales: o bien ello quiere decir que una misma acción con re-

sultado lesión de un (mismo) bien jurídico constituye, al tiempo, injusto doloso e injusto imprudente(218), o bien que la justificación putativa se conforma de un contenido del injusto que se encuentra entre el injusto doloso sin elementos de justificación (concretamente sin elemento subjetivo de justificación) y el injusto imprudente(219).

De la crítica interrelacionada de ambas alternativas, en sus diferentes concretas argumentaciones y soluciones, se ha de deducir la alternativa aquí mantenida: el contenido del injusto en los supuestos de error sobre los presupuestos objetivos de la causa de justificación es el del injusto doloso,^{con} y posible causa (subjetiva) de atenuación de la responsabilidad criminal, en caso de error evitable, y, por el contrario, es inexistente en caso de haber sido inevitable(220).

la opción dogmática entre las alternativas doctrinales que aparecen hasta el momento como posibles (con independencia, por tanto, de la tesis alternativa que se pretende

(218) Así, ZIELINSKI, ob.cit. pág.284: "Es absolutamente posible que la lesión de un objeto del bien jurídico se produzca por injusto imprudente y, junto a él, también, por injusto doloso".

(219) Así, por ejemplo, KRUMPHOLMANN, "Stufen..."cit. págs. 137 y 139 (137): "La justificación putativa se encuentra, en cuanto a contenido del injusto, entre el injusto de la conducta imprudente y el de la conducta dolosa sin elementos de justificación", Y más adelante (pág.139): "El contenido del injusto de la justificación putativa se encuentra entre el contenido del injusto del hecho cometido imprudentemente, y el del cometido dolosamente sin conciencia de la justificación".

(220) Cfr. infra, pág.446

fundamentar en este trabajo) no es ni mucho menos, intrag_ucendente, puesto que, como se dijo, no se puede ignorar que tanto el dolo de hecho como la imprudencia de hecho van referidos al tipo legal en sentido estricto, por lo que resulta inmantenible q_{ue} el mismo autor, en el mismo hecho y con respecto a un mismo resultado típico, pueda ac_{tu}ar dolosa o imprudentemente a la vez. Sólo quedaría la salida dogmática de considerar que la realización dolosa de la lesión típica del bien jurídico "se basa" en una im_{pr}udencia cognitiva, lo cual querría decir que existiría un dolo referido al tipo legal y una imprudencia referida al tipo de la autorización, y que esta última es también una imprudencia de hecho, aunque no se refiera al tipo de la prohibición o tipo rector(221). Por eso ZIELINSKI se refiere a una producción de una lesión del bien jurídico que rellena el tipo del injusto doloso y el del imprudente (primera de las alternativas señaladas anteriormente), para acto seguido valorar -dada la existencia de la justificación subjetiva- que el injusto doloso queda excluido (compensado), en tanto que, por el contrario, la constatación del "innecesario" resultado-lesión hace que no se ex_{cl}uya el imprudente(222).

En la segunda de las alternativas dogmáticas de las ma_{ne}jadas anteriormente no resulta necesario, sin embargo, extender o ampliar el concepto de "imprudencia de hecho" con respecto a su tradicional tratamiento como imprudencia

(221) Cfr. ZIELINSKI, ob.cit. págs.277/278.

(222) Cfr. ob.cit.pág.285.

referida al tipo legal(223), sino simplemente ubicar ese "origen cognitivo" imprudente en un contenido disminuído del injusto, dado el conocimiento (falso) de los presupuestos de la justificación.

La opción ante estas hipótesis de trabajo en la doctrina, no puede ejercitarse mediante la aplicación apriorística de criterios dogmáticos generales sobre el injusto, sino haciendo intervenir con un peso específico diferente la presencia en todo el proceso de error descrito del elemento subjetivo de justificación, como tercer elemento a tener en cuenta a la hora de fijar el concreto contenido del injusto. Es decir se trata de ejercitar la opción anterior -cuyas consecuencias prácticas no son pocas- a posteriori, es decir, como producto de la coherencia dogmática deducible de la interrelación de tres categorías dogmáticas: elementos del injusto doloso, elementos del injusto imprudente, y elemento subjetivo de justificación.

La cuestión es, pues, ahora, esclarecer interrelacionalmente los efectos de la presencia del elemento subjetivo de justificación en los casos de error sobre los presupuestos objetivos de la causa de exclusión del injusto.

La construcción de dos desvalores de acción diferenciados, en la línea de la primera opción, conlleva la necesidad, por el momento, de entender el elemento subjetivo de justificación como "compensación" del desvalor de la acción

(223) Así, KRÜMPPELMANN, "Stufen..." cit. pág.133: "...que dolo e imprudencia están referidos al tipo en sentido estricto...".

dolosa(224), en tanto que con respecto al injusto imprudente la cuestión no sería tanto la "compensación" de su desvalor de la acción (injusto)(225) por afirmación de un elemento subjetivo de justificación(226), sino más bien la afirmación o negación de la existencia de infracción típica del deber objetivo de cuidado, es decir, de habersa realizado, o no, el examen conforme a deber de la situación objetiva de justificación, o lo que es lo mismo de la evitabilidad o inevitabilidad del error sobre los presupuestos objetivos de la causa de justificación. En este orden de cosas la constatación de la existencia del elemento subjetivo de justificación tendrá que producir la total "compensación" (justificación),(o bien la inexistencia) del desvalor de la acción dolosa, puesto que, como se vió unas líneas más arriba, esta construcción jurídica trata de contrarrestar el desvalor de la acción inmanente al dolo(227) mediante la afirmación del elemento subjetivo de justificación (para así poder concluir en la punición por el delito imprudente en los casos de error a los que se refiere el presente capítulo). Así pues, si frente a la indiscutida existencia de una acción dolosa en estos supuestos de error se opone el elemento subjetivo de justificación, el desvalor de la acción habrá de quedar totalmente excluido.

(224) Así ZIELINSKI, ob.cit. pág.284.

(225) ZIELINSKI (ob.cit. págs.284 y sigs.) habla de "injusto doloso excluido o injusto imprudente no justificado".

(226) Cfr. supra, págs. 291 y sigs.

(227) Cfr. supra, págs. 394/395

Si, además, se puede afirmar que el autor realizó el exámen conforme a deber de los presupuestos fácticos de la justificación, no existirá, tampoco, injusto imprudente. En resumen, pues, con independencia de la dominante teoría limitada de la culpabilidad, también desde el injusto personal estrictamente subjetivista de SCHAFSTEIN (partidario, además, como se sabe, de la teoría de los elementos negativos del tipo) o de ZIELINSKI se llega a una misma conclusión: la realización del exámen conforme a deber de los presupuestos objetivos de la justificación es suficiente para afirmar la juricidad de la acción si se daba el elemento subjetivo de justificación, ya que el injusto es sólo el desvalor de la acción.

Apuntando concretamente contra la teoría limitada de la culpabilidad, al igual que antes lo hiciera contra la de los elementos negativos del tipo(228), algo semejante señalaba Armin KAUFMANN cuando se refería a que también la aplicación analógica de la normativa de error sobre el tipo (concretamente en la línea de STRATENWERTH) conducía a ^{la} subjetivización, inadmisible, de la justificación del hecho doloso(229), y que la conclusión habría de ser igualmente que "quien supone una situación de justificación está justificado; actúa conforme a derecho. Y en caso de inevitabilidad del error queda suprimida, también, la tipicidad del delito imprudente"(230).

(228) Cfr. Armin KAUFMANN, "Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie", 1954, pág.245.

(229) "Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht" cit. pág.398.

(230) "Zum Stande..." cit. pág. 399.

La evitación de esta subjetivización de la exclusión del injusto(doloso) sólo podría conseguirse o bien mediante la no exclusión del dolo en estos casos, por subsistencia del desvalor de la acción correspondiente, de forma que permaneciese el injusto doloso aunque disminuído, tal y como pretenden desde muy distintas posiciones dogmáticas Armin KAUFMANN(231) o los representantes de la denominada "teoría de la culpabilidad remitente (limitada) a la consecuencia jurídica", o bien introduciendo elementos objetivos (valor del resultado) en la exclusión del injusto, incluso si no se aceptan para su fundamentación. Esta última opción, que no es incompatible con la anterior, se fundamentaría en que lo que puede ser válido para la fundamentación del injusto, puede requerir variaciones para su exclusión. Y así, la necesidad de incluir elementos objetivos (resultado) para la justificación puede basarse, como señala Armin KAUFMANN, en la consideración de que el riesgo de un uso erróneo de la justificación no debe desplazarse hacia el titular del bien jurídico atacado, sino mantenerse en aquél que quiere hacer uso de la autorización, haciéndole consciente de que su uso puede desembocar en punibilidad(232).

Que el tema de la introducción del valor del resultado como elemento objetivo de la justificación no es fácilmente conciliable, sin embargo, con la teoría del injusto personal, se pone de manifiesto, una vez más, en la propia espiral argumental desarrollada por el autor últimamente citado(233) ya que, en efecto, ni siquiera si se parte de

(231) "Lebendiges und Totes..."cit.págs.246; el mismo,"Zum Stande..." cit.pág.399.

(232) "Zum Stande..." cit. pág.400.

(233) "Zum Stande..." cit. pág.401/402.

la "necesidad" como principio general para la justificación puede fundamentarse la exigencia dogmática del elemento objetivo "valor del resultado", ya que, en todo caso, la "necesidad" estaría vinculada a la apreciación ex ante de la situación objetiva de justificación. Esta espiral argumental desemboca, pues, en el establecimiento consecuente de un "deber de examen" para que sobrevenga la justificación, que se sitúa de esta manera en el terreno de la prognosis: los casos de justificación putativa inevitable quedarían emmarcados en las causas de justificación siempre que el error coincida con la apreciación ex ante, ya que en tal caso es obligado a afirmar la "necesidad" objetiva ex ante.

Con ello se conseguiría, sin embargo, un primer y para dógico nivel de objetivización de la exclusión de la anti-juricidad(234) del hecho típico doloso, al quedar dicha exclusión vinculada no sólo al elemento subjetivo de justificación, sino también a la inexistencia de infracción del deber objetivo de cuidado (confirmación de su necesidad objetiva)(235).

(234) La utilización del complejo argumental en torno a la necesidad conduce a una objetivización de la exclusión del injusto, siempre saludable, basada en tres consideraciones no plenamente satisfactorias, desde mi punto de vista, como son: en primer lugar, que el contenido del injusto en estos supuestos es el de hecho doloso "disminuido"; en segundo lugar, que la "necesidad" es un principio general de justificación; y, finalmente, de que la tradicional teoría del desvalor del acto en el hecho doloso de la teoría finalista es inmutable. En contra, cfr. infra, págs. 441 y sigs.

(235) Cfr. infra, págs. 444/445 y sigs.

2.- El contenido del injusto en el error sobre los presupuestos de hecho de la causa de justificación.

Interesa centrarse, de nuevo, tras la introducción de las anteriores hipótesis dogmáticas, en la investigación del contenido del injusto que se desvela en los casos de error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación y, especialmente, en los argumentos para la demostración de que subsiste el dolo.

2.1.- Para poder afirmar que subsiste en tales casos un desvalor de la acción dolosa, con independencia de la teoría estricta de la culpabilidad, se puede manejar, como se dijo anteriormente, la construcción dogmática de que existe en estos casos un especial desvalor de la acción. Este especial desvalor de la acción mostraría un injusto distinto, de tal forma que el hecho se encontraría, desvalorativamente, entre el doloso y el imprudente. Este injusto "especial" estaría conformado por el dolo del hecho, el elemento subjetivo de justificación y la infracción del deber objetivo de cuidado.

Ahora bien, desde una concepción de la justificación que vincule el elemento subjetivo de la misma al dolo, como su "contrapartida", o más en general que la entienda, exclusivamente o no, como ponderación de valores y desvalores de acción, es preciso conjugar los dos primeros elementos antes citados de forma que el desvalor-dolo no quede totalmente compensado o "anulado" por el valor-elemento subjetivo de justificación, sino sólo disminuido(236).

(236) En este sentido, con distintas argumentaciones, JESCHECK, Lehrbuch, pág.375; KRUMPELMANN, "Stufen..."cit. págs.135 y 136/137.

Sólo así será posible la pretendida subsistencia de un desvalor disminuído de la acción dolosa que permita evitar la subjetivización de la exclusión del injusto, ya que no tendrá que negarse el injusto doloso, pero su desvalor de la acción sería sólo el desvalor subsistente, es decir, subsistiría un "desvalor disminuído de la acción dolosa".

La fundamentación dogmática de la anterior pretensión admite varias posibilidades.

Por un lado intenta explicar KRÜMPELMANN(237) esta subsistencia de un desvalor disminuído de la acción en base a una correcta comprensión del concepto de "desvalor de la acción" en la teoría del injusto personal. Este no es, como se vió, el desvalor de la parte subjetiva, tal y como pretende la teoría de la justificación separada, sino el "desvalor de la pretensión de un desvalor objetivo", o desvalor de la intención. La teoría del desvalor del acto en el hecho doloso se construye, pues, sobre el desvalor de la relación con un resultado, y en este sentido ordena el desvalor del resultado en el de la acción. Estas argumentaciones condujeron anteriormente a la conclusión de crítica de la teoría de la justificación separada y a su posible sustitución por la aquí denominada "justificación compleja", que aludía, precisamente, a ese desvalor complejo de la acción. En efecto, sólo una interpretación o aplicación mecánica de la dogmática del desvalor de la finalidad con capacidad y poder de resultado(238) podría concluir que el desvalor-injusto sólo quedaría anulado cuando el valor justificación compensa totalmente el "desvalor de

(237) "Stufen..." cit. pág.135.

(238) Cfr. supra, págs. 220 y sigs.

la finalidad con capacidad y poder de resultado", lo cual no ocurriría cuando existe, simplemente, la conciencia de la justificación (en sentido "elemento subjetivo de justificación"), ya que ésta podría igualar, en todo caso, el desvalor de la finalidad (es decir, de la pretensión de un resultado desvalorado), pero no el de su "poder de resultado", ya que éste está objetivado, en alguna medida. En este orden de cosas podría ordinarse la argumentación de KRUMPELMANN, ya que su pretensión es que la comprensión del "desvalor de la acción como desvalor", es decir, como desvalor subjetivo-objetivo, impida afirmar que el elemento subjetivo de justificación "iguale" plenamente el desvalor de la acción, y, por tanto, justifique. En ambos casos subsiste, pues, un desvalor de la acción, aunque disminuido, por estar sólo parcialmente compensado.

El hilo de estas argumentaciones pretende fundamentar, por vía de la ordinación de elementos objetivos (el valor del resultado) en la exclusión del injusto doloso, una subsistencia de desvalor de la acción, es decir de injusto doloso, en los supuestos de existencia del elemento subjetivo de justificación y de inexistencia de la situación de justificación. Dicho de otra forma, pretende fundamentar que la subsistencia de un resultado objetivamente desvalorado, impide la total compensación del desvalor de la acción, y, por tanto, la exclusión del injusto.

A mi entender, sin embargo, esto supone formar la propia teoría del desvalor del acto en la que intentan apoyarse las anteriores pretensiones, ya que el elemento objetivo "desvalor del resultado" o "resultado desvalorado", o bien su "valor", nunca pueden subsistir con absoluta inde-

pendencia del desvalor de la acción(239), es decir del desvalor de la intención (como pretensión de un desvalor objetivo). Por eso, también, no es el resultado sino el desvalor del resultado el que tiene significación en la teoría del injusto. Ahora bien, si el que actúa tiene el elemento subjetivo de justificación (aunque su base en la suposición errónea de la existencia de la situación de justificación) quiere decir que, o bien su voluntad se ha conformado así "inevitablemente", o bien que se ha debido a una infracción del deber objetivo de cuidado. En el primer supuesto es claro, a mi entender, que aún estando dirigida a un resultado típico (y, en este sentido, aunque pretenda un "desvalor objetivo" - Sachverhaltsunwert)(240) no puede considerarse, sin embargo, desvalorada como "contenido social", es decir al margen de la estricta desvaloración de su "dolus naturalis". Dicho de otra forma, el desvalor del acto, en cuanto desvalor de la intención por la pretensión de un resultado típico (desvalor del resultado) no debe interpretarse como simple pretensión de un resultado, sino, además, como pretensión de un desvalor(241). En consecuencia esa finalidad así caracterizada, compuesta de un dolo natural del hecho y un elemento subjetivo de no pretensión, sin embargo, de desvalor-contenido social(242), trag

(239) Tampoco en la imprudencia, cfr. supra, págs. 238 y sigs.

(240) En este sentido, por todos, WELZEL, Lehrbuch, pág.62. Distinto, RUDOLPHI, "Inhalt und Funktion..." cit., y, en general, los representantes de la teoría de los elementos negativos del tipo. Cfr. infra. págs.417 y sigs.

(241) Cfr. infra, págs. 263 y sigs.

(242) Así Maurach-Zipf, AT, I, pág.370, en donde el elemento subjetivo de justificación es "voluntad de actuar de forma socialmente valorada", como trasfondo del "conocimiento-volición de la justificación".

ciendo, en su segundo aspecto, del terreno dogmático de la culpabilidad(243), ya que esa no pretensión de desvalor al realizar el resultado, que acompaña o se deduce del elemento subjetivo de justificación, tiene que estar objetivada para que pueda valorarse como dato relevante en sede del injusto. Esta objetivización se consigue, precisamente, cuando sea afirmable la "necesidad objetiva ex ante" de la acción(244), y sólo entonces puede afirmarse que el sujeto no pretendía ningún desvalor -contenido social, al no haber infringido el deber objetivo de cuidado(245).

En definitiva, pues, si no existe contenido-desvalor lo único que subsiste es un resultado, o un "poder de resultado" de la finalidad, que independizado de la propia finalidad se convierte en intrascendente para el injusto, en tanto que, por el contrario, su vinculación con la finalidad mediante una relación de desvalor le conferirá trascendencia para el injusto doloso, es decir para su subsistencia(246).

Por eso se decía anteriormente que sólo una interpretación mecánica de la dogmática del desvalor de la finalidad con poder de resultado podía conducir a la idea de

(243) Frente a la opinión de JESCHECK, Lehrbuch, pág.375, de DREHER, "Der Irrtum über...", cit. pág.225, de WESSELS, AT, pág.85, o de LACKNER, StGB, parágrafo 17, 5 b, que aluden, en el seno de la "teoría de la culpabilidad remistente a la consecuencia jurídica", a la demostración, en tales supuestos, de la inexistencia del dolo-culpabilidad, utilizando la concepción de la doble relevancia del dolo.

(244) Cfr. supra, pág. 443 y/o infra pág. 441

(245) Cfr. infra, págs. 445 y sigs.

(246) Cfr. infra, pág. 445

"compensaciones" o "ponderaciones" separadas, de la finalidad por un lado, y de su "poder de resultado", por otro. Recuérdese cómo en su momento se insistió(247) en que el desvalor del resultado no aumenta el injusto, en la dogmática señalada, mediante el incremento desvalorativo "ab initio" del desvalor de la acción, sino que aumenta directamente un injusto ya constituido: la dependencia del desvalor del resultado -poder de resultado de la finalidad-, es, pues, manifiesta.

Por estas mismas razones resulta inmantenible, también, la vía argumental inicialmente escogida por KRUMPEL MANN para demostrar la existencia de un desvalor de la acción dolosa, aunque disminuido, en los casos de error en cuestión.

Ahora bien, sin hacer intervenir el elemento objetivo "valor del resultado" como impedimento, en caso de no darse, para la justificación plena, puede intentarse la fundamentación dogmática de la subsistencia del injusto doloso disminuido, aún sin renunciar, todavía a la concepción "compensatoria" o "ponderatoria" (de referencia contrapuesta al dolo) de la exclusión del injusto.

En efecto, entendido el elemento subjetivo de justificación como "conocimiento-volición de la situación de justificación"(248), y señalada la coherencia interna que guarda esta configuración con los postulados de la teoría finalista(249), puede intentarse la demostración de su no plena existencia en los supuestos de error evitable sobre la situación fáctica justificante. La causa sería el insufi

(247) Cfr. supra, pág. 216

(248) Cfr. supra, pág. 208

(249) Cfr. supra, pág. 206/207

ciente conocimiento de la citada situación, lo que confluiría en una volición también insuficiente (valorativamente). En este sentido habría que afirmar que el conocimiento seguro (aunque pueda ser erróneo) de la circunstancia de justificación imposibilitaría una dirección de la voluntad distinta valorativamente a la de la propia volición de la justificación pero, frente a lo que podría deducirse de la opinión de STRATENWERTH(250), negar que la mera "confianza" en la existencia de los presupuestos objetivos de la causa de justificación imposibilite una desvaloración, siquiera parcial, de una dirección de la voluntad distinta a la de la justificación.

La opinión contraria (es decir, aquella que deduce el valor de la dirección de la voluntad en base a que quien "confía" en la existencia de la situación de justificación no puede tener una dirección de la voluntad distinta a la de la propia justificación), está condicionada por una mecánica comprensión de la "compensación" del dolo del tipo mediante el elemento subjetivo de justificación. Esta in corrección se muestra, especialmente, en el paralelismo estricto entre el dolo y su "contrapartida" el elemento subjetivo de justificación(251), además de en una concepción valorativa del dolo de naturaleza extensiva frente a la del dolo del tipo o del hecho. Repárese, sin embargo, en que la "compensación" del dolo del tipo requeriría la

(250) AT, I, pág.150 (Rdn.485).

(251) Resulta clarificadora, al respecto, la remisión hecha por STRATENWERTH, en el estudio sobre los elementos subjetivos de justificación (Rdn.485, pág.150), a los apartados e epígrafes correspondientes a la "parte volitiva" del dolo, y concretamente del dolo eventual (Rdn. 305, pág.109).

de su "función de llamada" o incitación al conocimiento de la "adecuación" o no perjudicialidad de la conducta. Esta compensación sólo podría afirmarse cuando el autor llega al convencimiento, es decir, a la seguridad en el conocimiento; en tal caso su momento volitivo es absoluto, y, en conjunto, el elemento subjetivo afirmable plenamente, por coincidencia de ambos momentos (intelectivo y volitivo). Por el contrario cuando el que actúa se mantiene en el "margen de duda" en que le ha colocado la precitada función del tipo, es decir, no realiza el exámen conforme a deber de la situación de justificación, "difumina" la dirección de su voluntad al no adquirir la seguridad en su conocimiento. Es decir, que tanto el momento intelectual como el volitivo (que como se dijo anteriormente deben quedar fusionados en uno sólo "intelectivo-volitivo" en la concepción final de la acción) se darían sólo relativamente. Esta relatividad o parcialidad en la presencia del mencionado elemento subjetivo permitiría afirmar la no plena "compensación" del desvalor de la acción implícito en la confirmada existencia del dolo del hecho.

A la hora de manejar esta hipótesis dogmática es importante tener en cuenta que esta caracterización del elemento subjetivo de justificación no tiene por qué interpretarse como la aceptación de su construcción consistente en la exigencia del conocimiento de todos los presupuestos de la causa de justificación(252). La "parcialidad" o "relatividad" a que se ha aludido en la presente hipótesis dogmática no se define por el desconocimiento de algunos de sus presupuestos, sino por el parcial o relativo convencimien

(252) Cfr. supra, pág. 210

to del autor: es la consciencia de la inseguridad en el conocimiento de la situación objetiva y en el de la incorrección de su conducta la que permite afirmar la relatividad del elemento subjetivo de justificación, es decir, de la pretensión "compensatoria" de un "valor objetivo" (*Sachverhaltswert*)(253).

La conformación por esta vía de un desvalor disminuido de la acción se establece, pues, de forma interrelacionada con el injusto imprudente. En efecto, si existe un especial desvalor de la acción dolosa es porque el elemento subjetivo compensatorio no se da plenamente por constatar se la infracción del deber objetivo de cuidado en el sentido del tipo imprudente. El contenido del injusto se encuentra, pues, -tal y como se decía anteriormente- entre el del hecho doloso y el del imprudente. A sensu contrario hay que concluir que la realización del examen conforme a deber de los presupuestos de la justificación, además de impedir el injusto imprudente, confirma el elemento subjetivo de justificación plenamente, y éste "compensa" el correspondiente desvalor de la acción dolosa.

Las diferencias con respecto a la teoría limitada de la culpabilidad, o a las formulaciones estrictamente subjetivas de SCHAFFSTEIN o ZIELINSKI (cada uno con una dogmática diferente), son notables, ya que, en principio, se mantiene el hecho como doloso por realización del tipo, y

(253) Aunque conceptualmente se puede afirmar, en términos absolutos, que quien "confía" en la existencia de los presupuestos de la causa de justificación actúa con la dirección de la voluntad correspondiente a esa "confianza" (así por ej. STRATENWERTH, AT I, pág.150 (Rdn. 485), lo cierto es que la "eventualidad" de esa confianza permite afirmar, en términos relativos ahora, la coexistencia de varias direcciones de la voluntad relevantes penalmente.

sólo en caso de inevitabilidad (objetiva) del error sobre los presupuestos objetivos de la causa de justificación la conducta se muestra como conforme a derecho.

Por esta vía de la reconducción de la problemática a la realización del deber de exámen (al igual que aquella otra que situaba la cuestión en el tema de la prognosis ex ante, tal y como señalaba Armin KAUFMANN(254) se accede, también, a una solución subjetivo-objetivada de la exclusión del injusto, al establecer la dependencia del elemento subjetivo de justificación con respecto a la realización del exámen conforme a deber de la situación, que no se independiza por ello como elemento subjetivo, ni lo sustituye(255). En favor de estas soluciones abundará el hecho de que sólo en tal caso es correcto trasladar o desplazar el riesgo de un uso erróneo de la autorización hacia el titular objetivo del bien jurídico, que, sin embargo, tan "cuidadosamente" creó la apariencia de una situación de justificación favorable a quien "uso" la causa de justificación(256).

Todavía cabría preguntarse, sin embargo, si en el caso de que el error fuese evitable, es decir, en el caso de que subsistiese desvalor de la acción dolosa, no convendría, por razones de justicia en principio, la remisión de la pe

(254) Cfr. supra, pág. 398 e infra págs. 443/444 .

(255) El "exámen conforme a deber" confirma el elemento subjetivo de justificación, objetivando tanto la exclusión del injusto doloso como del imprudente, sin necesidad de recurrir a elementos "objetivos", en sentido de "valor del resultado".

(256) Utilizando así, a sensu contrario, la argumentación de Armin KAUFMANN (cfr. supra, pág. 397).

na a la correspondiente al hecho imprudente habida cuenta de que el contenido del injusto (razones dogmáticas, por tanto) está delimitado como "entre" el del hecho doloso y el del imprudente(257).

A esta pretensión obedece, precisamente, la denominada "teoría de la culpabilidad limitada o remitente a la consecuencia jurídica" (rechtsfolgeeinschränkende / rechtsfolgenverweisende Schuldtheorie)(258) : aunque con argumentaciones divergentes, como se constatará. Esta teoría aperta, además, una fundamentación dogmática original del contenido del injusto en los supuestos de error en cuestión, con la pretensión de demostrar, asimismo, la subsistencia de un injusto, o desvalor de la acción, doloso disminuido. La ordenación de sus argumentaciones en el denominado "tipo de autorización" (Erlaubnistatbestand) permite reconducir, en este marco dogmático, directamente, es decir, sin necesidad de recurrir comparativamente al tipo legal rector y al error sobre el mismo, los planteamientos hechos en relación con el error sobre las circunstancias objetivas (Sachverhaltsirrtum) hacia el terreno de la justificación putativa: el error sobre los presupuestos de hecho de la causa de

(257) Por eso era importante mantener, en todo caso, la subsistencia del desvalor del resultado-desvalor de la finalidad con poder de resultado, y se decía que esto podía ser trascendente para la subsistencia del injusto imprudente, exclusivamente.

(258) Cuyos más destacados representantes son, DREHER, "Der Irrtum"^{Ungl.} "Rechtfertigungsgründe" cit.; el mismo, StGB, párrafo 16, 27; JESCHECK, Lehrbuch, pág.375/376; WESSELS, AT, pág.85; KRUMPHOLMANN, "Stufen..." cit. Considero errónea la sistematización de WESSELS por no matizar la diferencia existente entre la teoría de la culpabilidad limitada, y la de la culpabilidad remitente a la consecuencia jurídica. Cfr. al respecto, JESCHECK, Lehrbuch, pág.375/376; DREHER, StGB, párrafo 16, 26; CRAMER, en Schönke-Schröder, párrafo 16, 14.

justificación (Sachverhaltsirrtum) será un error sobre el tipo de la autorización (Erlaubnistatbestandsirrtum) de naturaleza específica con respecto al error sobre la prohibición o al error sobre el tipo.

El reconocimiento dogmático de un "tipo de la autorización", conformado de elementos específicos de justificación, al igual que el tipo legal contiene los correspondientes elementos fundamentantes del injusto, no ofrece inconvenientes, a mi entender. Así pues el tipo de la autorización o de la justificación contiene, siguiendo a NOLL (259), los presupuestos de la consecuencia jurídica "justificación", y el error sobre los mismos no tendría porqué ser, en consecuencia, un error sobre la autorización (Erlaubnisirrtum), sino un error sobre el tipo de la autorización (260). Pero si bien la especificidad de esta clase de error resulta manifiesta, dado su carácter ecléctico, su reconocimiento no conduce, ni mucho menos, a una uniformidad doctrinal sobre sus efectos y fundamentación de los mismos.

Así, por ejemplo, ENGISCH utiliza in extenso el paralelismo existente entre los supuestos de error sobre los tipos de justificación y los de error sobre los tipos de prohibición, llegando a deducir, incluso, que en ambas "constelaciones" son diferenciables el error sobre el tipo (Tatbestandsirrtum) y el error sobre la conformidad a derecho (Rechtmässigkeitssirrtum) (261), aún que hasta de ello le impida, sin embargo, confirmar sus tesis favorables a la teo

(259) NOLL, Tatbestand und Rechtswidrigkeit: Die Wertabwägung als Prinzip der Rechtfertigung", en ZStW 1965, (tomo 77, pág. 8.

(260) Por todos, JESCHECK, Lehrbuch, pág. 372/373.

(261) "Tatbestandsirrtum..." cit., pág. 588.

ría de los elementos negativos del tipo(262). Por su parte CRAMER, sin embargo, utiliza la argumentación del "tipo de la justificación" para concluir en la resolución de los casos de error sobre el citado tipo según la teoría limitada de la culpabilidad, (con aplicación analógica de la normativa del error sobre el tipo legal rector)(263).

También en la fundamentación de la teoría de la culpabilidad remitente o limitada a la consecuencia jurídica es posible encontrar distintas matizaciones o concepciones sobre este "error de naturaleza peculiar" aunque ulteriormente confluyan todas ellas en la solución de esta problemática en el terreno de la culpabilidad. Así, mientras para KRUMPELMANN se trata de una forma especial de error sobre la prohibición(264), para JESCHECK se trataría de un error de índole peculiar que estaría entre el error sobre el tipo y el error indirecto sobre la prohibición"(265), con lo que adelanta su ulterior argumentación de naturaleza comparativa, al igual que hace LANCKNER(266), frente a la más nítida reivindicación de peculiaridad para este "error sobre el tipo de la autorización" hecha por DREHER(267). La especificidad de estas últimas aportaciones doctrinales de la teoría de la culpabilidad remitente a la consecuencia jurídica consiste, como se dijo, en la sustanciación de la problemática en sede de culpabilidad, para lo que se insertan, con excepción de KRUMPELMANN, la discutible doble

(262) "Tatbestandsirrtum..." cit. págs. 596 y sigs.

(263) En "Schönke-Schröder StGB, parágrafo 16, 14 y 15.

(264) "Stufen..." cit., pág. 135.

(265) Lehrbuch, pág. 373.

(266) StGB, parágrafo 17, 5 b.

(267) "Der Irrtum..." cit., págs. 224 y sigs.

función del dolo, como elemento del tipo y como forma de la culpabilidad; en los casos de justificación putativa en cuestión se mantendría intacto el dolo del tipo o del hecho (por lo que son posibles la punición de la tentativa y de los partícipes)(269), pero se excluye el dolo-culpabilidad, ya que la naturaleza de la culpabilidad en estos casos es claramente la de la imprudencia(269). La consecuencia es obvia: si el contenido de la culpabilidad es el del reproche imprudente, este será el que decida la pena a imponer. Como dice KRUMPELMANN, que coincide en la conclusión, se trata (y así interpreta el párrafo 20, párrafos 1 y 2, del Proyecto 1962 de reforma penal) de "excluir la punibilidad del dolo, no el dolo...", y fundamentar, de nuevo, "la punibilidad del hecho doloso en el marco de los tipos existentes de imprudencia, sin por ello cualificar el hecho como imprudente"(270). No se trata, dice KRUMPELMANN, de

(269) Cfr. DREHER, "Der Irrtum..." cit., pág.225; el mismo StGB, 16, 27; JESCHECK, Lehrbuch, pág.375; LACKNER, StGB, parágrafo 17, 5 b; WESSELS, AT, pág.85.

(269) Las "ventajas" prácticas de esta formulación se limitan a la ya señalada posibilidad de punibilidad de la tentativa y de la participación, dado el reconocimiento (por lo demás dogmáticamente fundamentado) de la subsistencia del dolo. También es cierto que en un sistema de derecho penal como el vigente en Alemania Federal sobre la punibilidad de la imprudencia, la consecuencia última de cualquier teoría que recurra a la punición por hecho imprudente para la solución de estos casos de error es la impunidad en la mayoría de los casos. Como, con acierto señalaba FUKUDA ("Das Problem..." cit., pág.147/148, las críticas lanzadas contra la teoría estricta de la culpabilidad por su consecuencia de punición de tales casos de error evitable por hecho doloso, podría reconvertirse en una contracrítica frente a cualquier formulación vinculada en las consecuencias a la teoría de los elementos negativos del tipo, dada la impunidad a que, en tal caso, conduciría a cualquier error, a no ser que se cambiase el sistema por uno de imputación general de la imprudencia sometido a excepciones.

(270) "Stufen..." cit. pág.142.

una ficción de imprudencia(271), sino de una simple remisión a su consecuencia jurídica(272).

Aunque con ventajas prácticas evidentes, en cuanto que la citada teoría se desenvuelve en el terreno de la culpabilidad, evitando la penalización por el hecho doloso para el autor y haciendo posible la de la tentativa y la de los partícipes, su fundamentación dogmática ignora la especificidad real de los supuestos en cuestión, y que no es otra que su contenido del injusto. A esta especificidad sólo alude esta teoría remitente a la consecuencia jurídica "de pasada", sin profundizar en sus consecuencias y desviando la cuestión hacia la investigación de la culpabilidad. Sin embargo, sólo en torno a esta especificidad puede intentarse una teorización dogmática de los supuestos(273) de error sobre los presupuestos de hecho de la causa de justificación. Por eso JESCHECK apoya su argumentación en la no desaparición o compensación del desvalor de la acción,

(271) Lo consideran una "ficción" de imprudencia, WELZEL, "Die Regelung von Vorsatz und Irrtum im Strafrecht als legislatorisches Problem", en ZStW 1955, (tomo 67), pág.215. Tras el proyecto de 1962, en cuyo parágrafo 20 se recogía la citada "remisión" a la consecuencia jurídica en los términos de la teoría en cuestión, también Arthur KAUFMANN ("Die Irrtumsregelung im Strafgesetzs-Entwurf 1962", en ZStW 1964, (tomo 76), pág.565 considera que se trata de una "ficción de imprudencia", aunque no se escandaliza por ello: "No es preciso a penas temer que decir que las ficciones son pensables en derecho penal, y más en el ámbito de la culpabilidad".

(272) Posibilidad de remisión que también ha sido ejercitada en el sentido inverso por la doctrina, como ya se señaló. Cfr. HARDWIG, "Sachverhaltsirrtum..." cit., pág.375. En contra de esta remisión, en general, como facultad del legislador, ROXIN, "Die Behandlung des Irrtums im Entwurf 1962", en ZStW 1964, (tomo 76), págs.584 y sigs.

(273) En este sentido, KRUMPELMANN, "Stufen..." cit. pág.137.

sino en su simple "disminución". Su ulterior vía argumental en torno a la investigación del contenido de la culpabilidad, ya como dolosa, ya como imprudente, rompe, sin embargo, la posible coherencia con el punto de partida escogido, es decir, la investigación del contenido del injusto: no queda claro cómo es posible optar por la culpabilidad imprudente como criterio rector de la pena, cuando sólo se ha afirmado un injusto doloso. Lo lógico sería, a mi entender, (dado que la culpabilidad va referida al injusto) entender que la culpabilidad disminuye al hacerlo el injusto dada la presencia del error, sin hacer intervenir, todavía, para nada a la imprudencia(274). En este primer estadio dogmático (en el que no se ha hecho intervenir, tampoco, la "remisión" a la consecuencia jurídica) lo único afirmable sería, en todo caso, que el terreno de resolución de los casos de suposición errónea de los presupuestos objetivos de la justificación es el de la culpabilidad (disminuida) ya que sólo en base a este criterio se puede "medir" la pena de un injusto doloso subsistente, es decir, disminuido(275). La consecuencia inmediata es que en este primer estadio dogmático la teoría se desenvuelve en los presupuestos y consecuencias de la teoría estricta de la culpabilidad, con la única alteración con respecto al parágrafo 17 del StGB alemán (regulador del error de

(274) Así, KRUMPELMANN, "Stufen..." cit. págs.135 y 136: "el error disminuye ya el grado del injusto reprochable, y con ello la posible culpabilidad, con anterioridad al examen de la evitabilidad".

(275) Así, Armin KAUFMANN, "Zum Stande..." cit. pág.399.

prohibición) de que la disminución de la pena por error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación tendría que ser forzosa y no optativa, a diferencia de otros errores (evitables) de prohibición.

Hasta el momento, pues, no existe contradicción entre la teoría estricta de la culpabilidad y la de los "grados de la culpabilidad", expresada por KRUMPELMANN, para quien, en efecto, existen formas de error sobre la prohibición(276) que disminuyen el contenido del injusto, y con él la culpabilidad, sin que la disminución de ésta se establezca en función del grado de evitabilidad, sino antes, en función del contenido disminuido del injusto. La opción por el marco del error sobre la prohibición se deduce, por lo demás, en esta construcción dogmática, de la subsistencia del dolo del hecho que se erige en razón preponderante(277).

En un segundo estadio dogmático sí propone KRUMPELMANN la remisión a la consecuencia jurídica del correspondiente tipo imprudente(278), es decir, propone un injusto doloso reprochable disminuido, cuyo contenido del injusto se encuentra entre el del hecho doloso y el del imprudente, culpabilidad asimismo disminuida, y pena del hecho imprudente.

La remisión, que encontré ece positive en los Proyectos

(276) "Stufen..." cit. pág.135.

(277) "Stufen..." cit. pág. 134/135, siguiendo la línea argumental inicial (no las conclusiones) de ENGISCH en "Tatbestandsirrtum..." cit. págs. 575 y sigs. (cfr. supra, pág.326)

(278) "Stufen..." cit. pág.143.

de 1960 y 1962 de reforma del StGB alemán, y que se apoya en pretendidas razones de política criminal más que "teóricas"(279), y en la doctrina, además, en pretendidas razones dogmáticas, es, sin embargo, de difícil fundamentación tanto en un plano como en el otro, precisamente por la pretendida interrelación entre ambos(280). Con especial claridad critica ROXIN las razones esgrimidas en favor de la remisión, con motivo de la crítica a la normativa sobre error sobre las causas de justificación de los Proyectos de 1960(281) y de 1962(282): "Por hecho doloso -dice ROXIN- sólo puede ser penado el que ha cometido un hecho doloso. La pena por hecho imprudente sólo puede alcanzar al que carga con un hecho imprudente"(283). Por otro lado el legislador tiene que ser consecuente con un determinado sistema de valor, y en este sentido no constituye principio saludable "la ascética teórica practicada por el legislador, la indiferencia frente a la dogmática, y la, al mismo tiempo, pretendida soberanía ilimitada para la regulación de las consecuencias jurídicas"(284).

(279) Proyecto 1962 de reforma del StGB, "Begründung", pág. 134.

(280) Así, Arthur KAUFMANN, "Die Irrtumsregelung..." cit. pág. 547: "Sin embargo, ¿puede ser correcto en política criminal lo que es falso dogmáticamente?".

(281) "Die Irrtumsregelung des Entwurfs 1960 und die strenge Schuldtheorie", en MschrKrim 1961, págs. 211 y sigs.

(282) "Die Behandlung..." cit. págs. 582 y sigs.

(283) ROXIN, "Die Behandlung..." cit. págs. 586/587; también en "Die Irrtumsregelung..." cit. pág. 212.

(284) ROXIN, "Die Behandlung..." cit., pág. 592.

Aceptadas, por principio, las críticas generales señaladas, y recuperado, por tanto, el terreno dogmático, la cuestión sigue siendo cómo se define el hecho doloso(285). Por eso WELZEL señala su acuerdo con la primera de las argumentaciones críticas de ROXIN recién expuesta, al tiempo que resalta cómo lo decisivo sería estar de acuerdo, también, en qué se considera un hecho doloso(286), reiniciándose, así, la polémica con la teoría de los elementos negativos del tipo.

2.2.- En efecto, para configurar indirectamente un concepto de dolo divergente del natural o psicológico del finalismo, y poder concluir con su exclusión por error sobre los presupuestos de hecho de una causa de justificación, es imprescindible utilizar una concepción divergente, también, del desvalor del acto que permita, ulteriormente, configurar el elemento subjetivo de justificación y su relación con los elementos fundamentantes del injusto (es decir, su función en la exclusión del mismo).

Claro exponente de cuanto se pretende decir con las anteriores palabras es el concepto de desvalor de la acción que maneja RUDOLPHI. Partiendo de la ya conocida teoría del desvalor del acto como desvalor de la intención o pre-

(285) Así, ROXIN, "Die Irrtumsregelung..." cit. pág.212: "La causa de la contradicción, y en cuanto a resultados prácticos insatisfactoria, regulación consiste en que el Proyecto (1960) habla constantemente de hechos dolosos e imprudentes, aunque sus propios autores no saben qué se entiende por tales".

(286) WELZEL, "Diskussionsbemerkungen zum Thema "Die Irrtumsregelung im Entwurf", en ZStW 1964, (tomo 76), pág.621.

tensión de un desvalor objetivo (Sachverhaltsunwert)(287), enraizada en Nicolai HARTMANN(288), entiende RUDOLPHI que el desvalor objetivo no es sólo la lesión-puesta en peligro de un bien jurídico, sino también la inexistencia de un contra-interés superior, es decir, que desvalor objetivo sería la "lesión-puesta en peligro objetivamente antijurídica de un bien jurídico"(289).

En efecto, sólo manejando este concepto del "desvalor objetivo" puede entenderse la afirmación de que quien supone erróneamente la existencia de una situación de justificación "dirige su voluntad hacia un "valor objetivo" (Sachverhaltswert)(290). Qué duda cabe de que si el desvalor objetivo fuese, como entiende WELZEL, por ejemplo,(291), la lesión (puesta en peligro) de un bien jurídico, entonces el citado desvalor no dejaría de existir por la actuación dolosa en causa de justificación (real o putativa), que se define, precisamente, por la querencia de la lesión. El dolo en la anterior afirmación de RUDOLPHI se muestra claramente como algo distinto a la consciente querencia de la lesión típica del bien jurídico (desvalor del resultado).

(287) Cfr. supra, pág. 228

(288) Hay que tener siempre en cuenta las matizaciones hechas por el propio WELZEL a la supuesta influencia de Nicolai HARTMANN y la teoría de los valores en su construcción jurídica finalista (cfr. "El nuevo sistema del derecho penal", Prólogo a la 4ª edición alemana).

(289) Cfr., críticamente, HIRSCH, "Die Lehre von den negativen..." cit. pág. 247.

(290) RUDOLPHI, "Inhalt und Funktion..." cit. pág. 58.

(291) Lehrbuch, pág. 62; también, "El nuevo sistema..." cit. pág. 68.

Así se pone de manifiesto, también, cuando afirma que "si el desvalor de la acción está condicionada -como valoración de la intención que es, es decir, como valoración de la aspiración- en su contenido-desvalor por el desvalor de la circunstancia objetiva (resultado) pretendida, entonces falta en tales casos (suposición errónea de la existencia de una situación de justificación) por lo menos el desvalor del acto en el sentido de una consciente y querida pretensión de un desvalor objetivo (Sachverhaltsunwert)"(292). O, dicho de otra forma, el desvalor del resultado intentado se define por la pretensión de una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico circunscrito en un tipo penal "que no esté compensado en su contenido-desvalor por un contra-interés de mayor valoración"(293). De esta forma se concluye, obviamente, en la teoría de los elementos negativos del tipo, para la que el desvalor de la acción dolosa es el desvalor deducible de la consciencia y querencia de una lesión de un bien jurídico (en los delitos de lesión) sin consciencia de la existencia(294) de un contra

(292) "Inhalt und Funktion..." cit. pág.59.

(293) "Inhalt und Funktion..." cit. pág.65.

(294) Es preciso recordar que, precisamente, para evitar un macro-concepto de dolo, que tuviese que definirse por el conocimiento y voluntad (positivos) no sólo de las circunstancias del tipo legal rector, sino también de los presupuestos o elementos típicos de las causas de justificación -lo que constituyó una de las principales críticas de la teoría de los elementos negativos del tipo- para evitar ello, decíamos, los representantes de dicha teoría se refirieron a la exigencia para el dolo, NO de dicho conocimiento positivo, y consiguiente volición, sino simplemente, del desconocimiento de los presupuestos de la justificación, formulando así la exigencia de forma negativa. Sobre la contradicción que supone un concepto de dolo definido por el conocimiento-desconocimiento, cfr. críticamente, en especial, HIRSCH, "Die Lehre..." cit, págs, 18 y sigs. y 249 y sigs. también, Armin KAUFMANN, "Lebendiges und Totes..." cit, pág. 243.

interés valorado objetivamente (causa de justificación), y el desvalor del resultado es, precisamente, el acaecimiento de lo anterior.

Pues bien, es precisamente esa base dogmática la que hace posible que, aplicada al terreno de la exclusión del injusto, la conciencia de la causa de justificación o la representación de sus presupuestos objetivos, como elemento subjetivo de la misma, excluya, haga desaparecer, el desvalor de la acción dolosa. El paralelismo al que se aludió como definitorio de la teoría de la justificación separada (295) es, pues, consustancial a estas concepciones del desvalor del acto y del resultado. Desde ellas es posible mantener, también, como se vió (296), que la existencia objetiva de la situación de justificación supone la del "valor del resultado", y, viceversa, que por inexistencia de la situación se puede afirmar el "desvalor del resultado". Así hay que entender la opinión de SCHAFFSTEIN de que "si el valor del resultado no puede fundamentar por sí sólo la justificación, así tampoco el simple desvalor del resultado puede excluirla. También aquí hay que partir de la voluntad del autor decisoria sobre el valor de la acción" (297), y también la afirmación ulterior de que "en general es suficiente la suposición errónea del tipo de la autorización para que el hecho aparezca como conforme a derecho, en el sentido de valoración de la acción dependiente de la voluntad. Esto significa, precisamente, que el parágrafo 39 StGB

(295) Cfr. *supra*, pág. 216

(296) Cfr. *supra*, págs. 248 y 418.

(297) "Putative..." cit. págs. 199.

(actual parágrafo 16) también es aplicable a los elementos del tipo de las causas de justificación, porque su suposición errónea excluye el elemento subjetivo general del injusto -dolo- (298). Así pues, comprendido el desvalor de la acción y el del resultado tal y como se ha señalado anteriormente, se puede hablar de exclusión del uno y del otro, es decir, de su inexistencia en los casos de justificación putativa.

Si antes se decía que la solución a la problemática de error planteada sólo podía venir dada por una correcta investigación del contenido del injusto para, en consecuencia, optar por la punición correspondiente, y si se había planteado la posibilidad de un injusto disminuido (299), ahora esta misma óptica ha conducido, en su transcurrir por la concepción del injusto y de su exclusión según la teoría de los elementos negativos del tipo, a señalar, una vez más, sus profundas divergencias con la teoría finalista del injusto.

En efecto, por un lado, tal y como señala HIRSCH (300), en ningún caso puede afirmarse, según esta última concepción, que en caso de existencia de los presupuestos objetivos de una causa de justificación exista también un "valor del resultado" (301). Pero, fundamentalmente es resaltable,

(298) "Putative..." cit. pág. 199.

(299) Cfr. supra, págs. 399 y sigs.

(300) "Die Lehre..." cit. pág. 247/248.

(301) Cfr. supra, pág. 247 y sigs.

por otro lado, la subsistencia del desvalor de la acción, constituido por la realización de la conducta que "rellena el" tipo legal rector, aún mediando el elemento subjetivo de justificación(302). Porque en el fondo de las divergencias con la teoría de los elementos negativos del tipo yace una distinta concepción de la finalidad de la acción misma, que deja de ser, en dicha teoría un fenómeno ontológico(303). Por el contrario, el entendimiento de ese fenómeno como ontológico permite a HIRSCH construir un "desvalor-tipicidad de la acción" (Tatbestandshandlungsunwert), que no se ve afectado por el elemento subjetivo de justificación (y, por tanto, éste no afecta al dolo) y un "desvalor-antijuricidad de la acción" (Rechtswidrigkeitshandlungsunwert) que es al que afecta el elemento subjetivo de justificación(304). Lo importante de este aparente "juego de palabras" es que permite diferenciar el dolo como finalidad hacia el tipo, con respecto a la finalidad dirigida a la justificación(305): a esta última es a la que se vincula el elemento subjetivo de justificación, como finalidad de (la acción de) justificación(306). No se trata -es importante resaltarlo- de una cuestión de "consciencia de la antijuricidad", o al menos no directamente, ya que entonces

(302) HIRSCH, "Die Lehre..." cit. pág.248;

(303) Cfr. HIRSCH, "Die Lehre..." cit. pág.249.

(304) "Die Lehre..." cit. pág.250. La diferenciación, por lo demás, no es más que la confirmación de la concepción tripartita del delito, es decir no es más que una forma de definir la distinción entre tipicidad y antijuricidad.

(305) HIRSCH utiliza el término "antijuricidad global". A mi entender, sin embargo, es preferible el término utilizado en el texto por evitar posibles mal-interpretaciones mediante su conexión con el conocimiento de la antijuricidad.

(306) "Die Lehre..." cit. pág.250, nota 81.

se barajaría en sede de culpabilidad (lo que viene al caso ulteriormente, en efecto), sino de un "valor-justificación" (Rechtfertigungswert)(307), que opera en sede de la (exclusión de la) antijuricidad, y que se compone de elementos subjetivos y objetivos(308). Ambas finalidades, como finalidades no comparables conceptualmente, no pueden "excluirse", ni siquiera "compensarse", sino simplemente ser objeto de valoraciones (309) independientes. En otros términos ello equivale a decir que el elemento subjetivo de justificación no puede hacer desaparecer el desvalor de la acción, ni por tanto el dolo, (aunque pueda ser valorado penalmente) porque está ordinado en otra clase de finalidad o intención. Pero antes de proseguir conformando dogmáticamente tanto esa "finalidad-elemento subjetivo de justificación" como el complejo concepto de "valor-justificación", conviene vincular esta construcción dogmática con la hecha, anteriormente, por Armin KAUFMANN, por resultar de especial utilidad en la búsqueda de la coherencia dogmática apetecida.

En efecto, también con motivo de la crítica a la teoría de los elementos negativos del tipo y de su utilización dogmática de la "intención de la causa de justificación" en las situaciones putativas, realiza Armin KAUFMANN una clara diferenciación entre el desvalor de la acción en el hecho doloso y la función y naturaleza del elemento subjetivo de

(307) Así, KRUMPELMANN, "Stufen..." cit. pág.135.

(308) Por todos, cfr. KRUMPELMANN, "Stufen..." cit. pág. 135, que sigue la línea de WELZEL en Lehrbuch, pág.178.

(309) En este sentido, HIRSCH, "Die Lehre..." cit. pág.250; también, Armin KAUFMANN, "Lebendiges und Totes..." cit. pág.246.

justificación, aplicando categorías dogmáticas que ya se hallaban en BINDING a la teoría del desvalor del acto(310).

Así, para BINDING junto a la "intención" (Absicht) identificable con el dolo, ya por corresponder a la parte de la culpabilidad de la conducta delictiva descrita en el tipo (intención antijurídica)(311), ya por permitir la referencia a un determinado delito consumado (tentativa de...)(312), existe en el resto de los casos una "intención" que actúa como "causa de agudización" (Schärfungsgrund), o bien como "causa de disminución" (Milderungsgrund)(313) (de la culpabilidad, naturalmente, ya que BINDING no conoce, obviamente, la teoría del desvalor del acto). Se trata, en todo caso, de "causas psicológicas" que nada tienen que ver conceptualmente con el dolo(314). Como "psychologische Höhenmarken" hacen variar, sin embargo, el dolo en su intensidad, es decir, gradúan la intensidad de la consciencia de la colisión contra la norma, dado que en BINDING el dolo es "dolus malus": son, pues, elementos de la intensidad del reproche.

La segregación de estas "causas psicológicas" del estrecho ámbito del reproche de culpabilidad, y su ordinación en la teoría del desvalor del acto, permite concluir a Armin KAUFMANN su incidencia, también, en la graduación de

(310) "Lebendiges und Totes..." cit. págs.207 y sigs. y 246 y sigs.

(311) "Die Normen und ihre Übertretung", Tomo II,2,pág.1163.

(312) "Die Normen..."cit. págs.1165 y sigs.

(313) "Die Normen..." cit. pág.1167.

(314) "Die Normen..." cit. pág. 1168.

dicho desvalor(315), y su traslación, por tanto, al terreno del injusto y ulteriormente al de su exclusión(316). Esta traslación no es, sin embargo, mecánica, tal y como advierte el propio Armin KAUFMANN(317), ya que la concepción no valorativa, es decir, su entendimiento como voluntad de realización, hace que las citadas causas psicológicas no gradúen directamente la intensidad del dolo (es decir, de la voluntad de realización) que es independiente de los motivos o de la norma de la realización. El grado de desvalor del acto, por el contrario, si se determina, para Armin KAUFMANN, según los motivos que determinaron la formación de la voluntad(318).

La aplicación de todo ello al terreno de la exclusión del injusto se produce mediante el establecimiento de un paralelismo entre la "intención" de la causa de justificación y esta categoría de "intención" estudiada por BINDING que no tenía ninguna relación, como se señaló, con el dolo, sino que se añadía a él(320).

El efecto conseguido por esta vía dogmática es, pues, idéntico al expresado por HIRSCH, en el sentido de desvinculación directa de la cuestión de la justificación respecto al desvalor-tipicidad de la acción, y su reconducción

(315) "Lebendiges und Totes..." cit. pág.207.

(316) "Lebendiges und Totes..." cit. pág.246.

(317) "Lebendiges und Totes..." cit. pág.208.

(318) "Lebendiges und Totes..." cit. pág.208/209.

(319) "Lebendiges und Totes..." cit. pág.246.

(320) BINDING, "Die Normen..." cit. pág.1167.

hacia una cuestión de "valoración" paralela. Así, Armin KAUFMANN concluye que el desvalor de la acción-resultado típica queda disminuido por la presencia exclusiva, es decir, sin la de los presupuestos objetivos, de la "intención" de la causa de justificación(321). Porque —siguiendo ahora a WELZEL— como cuestión de valoración que es, no es la opinión del autor la que determina si la realización dolosa del tipo es "injusto" o no, sino el ordenamiento jurídico(322), y éste condiciona su valoración absoluta, es decir, la exclusión del injusto, a la existencia de todos los presupuestos(323).

Probablemente el aspecto más confuso de estas aportaciones doctrinales hechas desde la tradicional teoría finalista del desvalor del acto, sea la delimitación del elemento subjetivo de la justificación con respecto al conocimiento-volición de la antijuricidad o juricidad de la conducta, operante en sede de culpabilidad. Así, cuando algunos defensores de la teoría estricta de la culpabilidad afirman, como se ha visto, que la errónea creencia en la existencia de los presupuestos de la causa de justifica-

(321) "Y, así como, por ejemplo, en el parágrafo 313 StGB la intención del autor de proteger su propiedad, disminuye el desvalor del acto de la "gemeingefährliche Überschwemmungstiftung" (actual parágrafo 313, (2) inalterado, aunque el epígrafe del nuevo parágrafo 313 se refiere a la "sachengefährdenden Überschwemmung"), así también la intención de legítima defensa disminuye el desvalor del acto de homicidio en legítima defensa, por ejemplo". (Armin KAUFMANN, "Lebendiges und Totes..." cit. pág.246.

(322) Cfr. WELZEL, "Das neue Bild..." cit. 2ª edición, nota 1 cont. pág.55 (en la 3ª edición quedó suprimida esta nota).

(323) Armin KAUFMANN, "Lebendiges und Totes..." cit.pág.247. En el mismo sentido, KRÜPELMANN, "Stufen..." cit. págs. 135 y 137; también WELZEL, Lehrbuch, pág.178.

ción es una errónea creencia sobre la antijuricidad, ya que el conocimiento-volición del tipo objetivo no entra en cuestión, están manteniendo, al tiempo, que el querer actuar en causa de justificación es un querer actuar jurídicamente, ya que lo que se desconoce es la antijuricidad de la acción típica. Hasta aquí, pues, el planteamiento dogmático no tendría capacidad para "superar" desde la teoría de la culpabilidad el terreno de la culpabilidad, al que, precisamente, estaban vinculados, también, las *psychologische Höhenmarken* de BINDING (que como se sabe constituyen el punto de partida para la elaboración dogmática de Armin KAUFMANN).

Abundando en ello es preciso recordar que el interés prioritario de las argumentaciones de la teoría estricta de la culpabilidad es demostrar que en estos casos de error su naturaleza es la de uno de prohibición (sede culpabilidad) y, por tanto, inicialmente sus argumentaciones no van dirigidas a la demostración de un desvalor disminuido del acto (injusto disminuido) sino a la confirmación del injusto doloso (en su caso con culpabilidad disminuida). La propia regulación, hoy positivada en el parágrafo 17 del StGB alemán, propuesta desde la teoría de la culpabilidad para el error sobre la prohibición -del que es un supuesto para la teoría estricta de la culpabilidad la justificación putativa en cuestión- consistente en la posible disminución de la pena, por culpabilidad disminuida, en caso de ser evitable dicho error, confirma la tesis anteriormente expuesta de que ese "querer actuar en causa de justificación", equiparado, como se dijo, a "querer actuar jurídicamente" sólo produciría efectos en la culpabilidad, en su caso disminutorios de la misma.

La superación del terreno de la culpabilidad supone la asimilación de este "querer actuar en causa de justificación" con el elemento subjetivo de justificación. Como con razón opina KRUMPELMANN, confirmando la línea de investigación seguida en este trabajo(324), el punto de partida para el tratamiento ponderado de este error es, precisamente, "tomar en cuenta el conocimiento existente de la justificación (Rechtfertigungsbewusstsein) para la determinación del contenido del injusto"(325).

La posibilidad dogmática de conseguirlo está vinculada a la concepción personal del injusto. Así, señala HIRSCH cómo la necesidad de un elemento subjetivo general de la justificación se deduce de la consideración de que también las acciones de justificación son acciones finales, y es, precisamente, ese momento final de la acción el que constituye el elemento subjetivo en todas las causas de justificación(326); la finalidad valorable de justificación se convierte en el elemento subjetivo de la misma, incidiendo en sede del injusto (es decir, de su exclusión) y no sólo en el de la culpabilidad. Así pues, esta "finalidad de justificación de la acción", que no es más que el descubrimiento de una finalidad en el autor positivamente valorable, incide tanto sobre la culpabilidad como sobre el injusto. Por eso WELZEL mantiene -refiriéndose al problema de la inexigibilidad de conducta conforme a derecho en el estado de necesidad disculpante- que ese fin justo o autorizado perseguido por el autor (en el caso concreto

(324) Cfr. supra, págs 349 y sigs.

(325) "Stufen..." cit. pág.137.

(326) "Die Lehre..." cit. pág.252.

ejemplifica aludiendo al fin de la propia salvación o la del familiar) "tiene que ser estimado en la apreciación del desvalor (objetivo) de la acción también como disminuyente del injusto"(327). Y no cabe duda de que este "fin" aludido hace un momento no es otra cosa que el propio elemento subjetivo de justificación (entendido como "voluntad de salvación" "de defensa, etc.(328). Que ese fin, que incide, según se ha visto, tanto en la culpabilidad como en el injusto, no es más que el elemento subjetivo de justificación se demuestra con especial claridad con el estudio referencial de los conceptos utilizados por Armin KAUFMANN (para quien también esa "valoración positiva de la finalidad de la acción, que tiene lugar en la suposición errónea de los presupuestos de la justificación, no excluye el injusto de la acción, (Handlungsunrecht) sino que lo disminuye, simplemente(329)).

En efecto, esta "finalidad de la acción" no es otra que la en otra parte denominada por él mismo "intención de..." (legítima defensa, p.ej.)(330), y, a su vez, esta "intención de...", que disminuía el desvalor del acto, es precisamente, la "voluntad de..." (defensa p.ej.), tal y como se deduce directamente de la siguiente consideración:

(327) Lehrbuch, pág.178.

(328) Cfr., especialmente, la opinión de BLANKE, que entiende de tales expresiones como algo más que el simple "actuar" en causa de justificación, siendo exigible el consecuente momento volitivo ("Die subjektiven..." cit. pág.133 y sigs).

(329) Armin KAUFMANN, "Zum Stande..." cit. pág.399.

(330) "Lebendiges und Totes..." cit. pág.246.

"...así también la intención de defensa disminuye el desvalor del acto de homicidio, por ejemplo, en legítima defensa putativa. Pero de esta manera no queda en absoluto excluida la antijuricidad. Ciertamente esto es una cuestión de valoración. Sin embargo, en tanto que -con razón- el parágrafo 53 (331) hace depender la justificación de la existencia de todos los presupuestos, y no declara suficiente la voluntad de defensa, nadie puede decidir lo contrario"(332).

Por otro lado, aunque con una incorrección terminológica evidente pero muy esclarecedora a los efectos aquí pretendidos de reafirmar la referencia al elemento subjetivo de justificación de toda la elaboración jurídica en torno a la "intención de la causa de justificación", ulteriormente el mismo Armin KAUFMANN identifica la "voluntad de defensa" (Verteidigungswille) con el dolo de legítima defensa (Notwehrvorsatz)(333), para afirmar que en caso de inexistencia no se producirá la valoración-justificación.

En resumen, pues, desde estas posiciones dogmáticas el elemento subjetivo de justificación produce, como valoración positiva de una finalidad de acción operante en una escala valorativa distinta a la de la finalidad dirigida a la realización del tipo, efectos disminutorios de la desvaloración objetiva global de la acción.

Sentadas las premisas anteriores lo coherente, según

(331) Actual parágrafo 32.

(332) "Lebendiges und Totes..." cit, pág.258.

(333) "Lebendiges und Totes..." cit. pág.258.

esta óptica finalista del injusto, es considerar que en toda situación jurídica de justificación (no sólo putativa) de un hecho doloso el que actúa sigue pretendiendo, a pesar del elemento subjetivo de justificación, una lesión de un interés (bien) jurídico, por lo que subsiste un desvalor de la acción; esto no ocurrirá, sin embargo, en los supuestos de error sobre el tipo, en donde el desvalor doloso de la acción es inexistente. Ello quiere decir que tanto en las situaciones de conocimiento-volición definidas en las situaciones de justificación real, como en las de existencia putativa, subsiste, desde la perspectiva analizada, un desvalor-tipicidad de la acción, lo que produce un status desvalorativo "ab initio" de esas conductas, frente a las de error sobre el tipo(334). Además, y por otro lado, el conocimiento en las situaciones de error sobre los presupuestos de hecho de la causa de justificación, y el conocimiento en las situaciones de error sobre la prohibición, es en ambos casos erróneo, pero en el primer caso se trata de un conocimiento erróneo de la causa de justificación (no de la norma de autorización), y en el segundo caso es un conocimiento erróneo de la norma de prohibición, (mandato) o autorización(335), aunque ulteriormente

(334) Aunque la consecuencia jurídica pueda ser en los tres casos la no punibilidad de la conducta. Cfr. NOLL, "Tatbestand und Rechtswidrigkeit..." cit. pág.10, en donde manifiesta como a pesar de existir diferencia entre un tipo no realizado y una justificación, ya que en la primera situación no hay colisión de valores, las consecuencias son las mismas: "En todo caso cero es igual que diez menos diez".

(335) Aspectos, estos dos últimos, que suelen minusvalorar o, incluso, marginar, los más destacados representantes de la teoría estricta de la culpabilidad, al reconducir toda la cuestión a un planteamiento inflexible cual es de que existen normas de autorización y normas de prohibición o mandato, con una misma posibilidad de conocimiento defectuoso de las mismas (error sobre la juricidad o sobre la prohibición).

esta diferencia no juegue un papel relevante en la teoría estricta de la culpabilidad, como se sabe, porque lo que sucede es que ese elemento subjetivo "conocimiento-volición de la causa de justificación" confluye, finalmente, (también por efecto del "impulso" o "llamada" immanente al conocimiento del tipo legal rector(336)) en una respuesta sobre la juricidad, es decir, sobre lo prohibido, mandado o autorizado, de la conducta a realizar(337). Lo que, en definitiva, quiere decir que el concepto dogmático de "elemento subjetivo de justificación" se requiere para que se pueda hablar de "acción de justificación"⁽³³⁸⁾ pero en caso de inexistencia de los presupuestos objetivos de la misma todo se reduciría a una creencia errónea sobre la prohibición, mandato o autorización de la acción, ya directamente, ya mediante una respuesta errónea sobre su necesidad(339). Porque, en fin, el criterio que permitiría la exclusión de la antijuricidad, a pesar del status desvalorativo subsistente en cualquier situación de justificación, sería la afirmación de su elemento subjetivo y de sus elementos objetivos, lo que en la teoría finalista del injusto sólo puede hacerse no ya mediante la referencia directa de estos últimos a la existencia real de la situación de justificación,⁽³⁴⁰⁾ sino mediante la afirmación de la "necesidad" (objetiva ex ante) de la acción(341).

(336) Cfr. supra, págs. 370 y sigs.

(337) Cfr. supra, págs. 370 y sigs.

(338) Así, HIRSCH, "Die Lehre..." cit. pág.250, nota 81.

(339) Por todos, cfr. Armin KAUFMANN, "Lebendiges und Totes..." cit. pág.258 y 259.

(340) Cfr. supra, págs. 264 y sigs.

(341) Cfr. supra, págs.265 y 398. Sobre la "necesidad" como principio fundamental y general, para la justificación

En conclusión, pues, se ha puesto de manifiesto que la teoría finalista del injusto (de su exclusión) puede evitar la subjetivización de la exclusión del injusto doloso, ya mediante la teoría estricta de la culpabilidad, ya mediante la construcción de un valor-justificación que se compone de elementos subjetivos y objetivos, dado que las situaciones de justificación real y putativa son subjetivamente idénticas, y la única forma de evitar la precitada subjetivización es exigir elementos objetivos que se añadan a la situación subjetiva definida por un determinado conocimiento-volición (dolo y elemento subjetivo de justificación), concediéndole al elemento subjetivo de justificación capacidad disminutoria, sólo, del injusto.

Pero eludiendo momentáneamente el tema de la "necesidad" como elemento objetivo, interesa destacar ahora que en el fondo de las formulaciones anteriores subsiste la idea de que la cuestión de la exclusión del injusto no es más que el resultado de una "ponderación de valores" (Wertabwägung), ya que se trata de conseguir una equiparación valorativa que sólo se producirá cuando frente a todos los elementos "desvalor" (elementos del injusto) se opongan todos los elementos "valor" (elementos de justificación)(342), según

..... en la teoría finalista, cfr. Armin KAUFMANN, "Lebensdignes und Totes..." cit. págs. 253 y sigs.; el mismo, también, "Zum Stande..." cit. pág. 401. También recientemente ZIELINSKI, ob. cit. págs. 235 y sigs.

(342) En este sentido, y ello es especialmente significativo dadas las vinculaciones dogmáticas pretendidas y explícitas por él mismo, cfr. KRUMPHOLZ, "Stufen..." cit. pág. 137 (también 134/135).

dinámica de graduación del injusto (antijuricidad inicial_{mente}) y de su exclusión, de interesante desarrollo en NOLL(343), que toma como punto de partida el pensamiento de KERN(344).

En efecto, cuando este autor revitaliza la, por lo demás, antigua idea⁽³⁴⁵⁾ de la "antijuricidad graduable" sienta, a mi entender, la base dogmática para su ulterior aplicación a la exclusión de la antijuricidad o disminución de la misma (del injusto) en situaciones de justificación, especialmente a través de las "teorías del conflicto de intereses", también en sus formulaciones de la "ponderación de bienes" y la "ponderación de valores". De esta base dogmática no se ha liberado la formulación dogmática finalista, al respecto, que a través de la consolidación de la diferenciación entre desvalor-tipicidad y desvalor-antijuricidad confluyen ya en la teoría estricta de la culpabilidad, ya en la de la remisión a la consecuencia jurídica.

Así, cuando, como ya se vió, Armin KAUFMANN reivindicaba el paralelismo del elemento subjetivo de la justifica-

(343) En "Übergesetzliche Milderungsgründe aus vermindertem Unrecht", en ZStW 1956, (tomo 68), págs.181 y sigs.; también, "Die Rechtfertigungsgründe im Gesetz und in der Recht_{pre}chung", en SchwZSt 1964, págs.160 y sigs.; el mismo, "Tatbestand und Rechtswidrigkeit..." cit. págs 1 y sigs.

(344) "Grade der Rechtswidrigkeit", en ZStW 1952, (tomo 64), págs.255 y sigs.

(345) Tal y como el propio KERN señala ("Grade..." cit. págs. 256-260) la idea de la graduabilidad de la antijuricidad -al igual que tradicionalmente se consideraba graduable la culpabilidad- se encontraba ya en BELING, MEZGER, WELZEL (a través del "injusto"), ENGISCH, o NOWAKOWSKI, aunque, prosigue KERN, se habían sacado muy pocas consecuencias de ello. (Cfr. "Grade..." cit. pág.261).

ción con la "tercera categoría" dogmática de "intención" conocida en BINDING(346), y reconducía hacia el injusto lo que en este autor se mantenía en la culpabilidad, es obvio que se establece un "parentesco" argumental en el origen con la formulación de KERN de que "...la antijuricidad (! y su graduación) no depende sólo de la conducta externa del autor, y del resultado externo del hecho, sino que puede depender, también, de circunstancias internas, especialmente de las intenciones del autor..."(347). Las consecuencias^{que} de ello extrae KERN son muchas, pero interesa señalar especialmente las que conciernen a la exclusión de la antijuricidad, ya que resulta obvio que el grado de la antijuricidad, según la formulación anterior, tiene una significación determinante en lo que se viene en denominar "situaciones de conflicto"(348), es decir, en la justificación, en donde lo decisivo habrá de ser realizar una ponderación de los intereses en conflicto hasta conseguir determinar no ya la antijuricidad, sino su grado. Y así, en esas situaciones, si se constata que alguien "ha actuado falsamente", es decir, antijurídicamente, todavía no se está diciendo nada sobre el grado de su antijuricidad. Este -prosigue KERN- está "reducido" en cada caso de colisión, y esa reducción puede variar mucho según la proporción de valor de los intereses contrastados, o según la proporción de intensidad de los deberes contrapuestos"(349).

(346) Cfr. supra, págs. 423 y sigs.

(347) "Grade..." cit. pág.261.

(348) KERN, "Grade..." cit. pág.276.

(349) "Grade..." cit. pág.287.

La solución, pues, como cuestión valorativa que es, se encuentra en la nivelación de la "balanza": en un lado se colocarán los elementos del injusto (número e intensidad) y en el otro los de justificación (*idem*), y acto seguido se ponderan los valores. Según este conocido principio "hay que ponderar la suma de todos los elementos del injusto contra la suma de todos los elementos de justificación" (350).

Pues bien, cuando Armin KAUFMANN exige que se cumplan todos los presupuestos de la justificación para que ésta se produzca(351), o cuando WELZEL y HIRSCH aluden a la valoración positiva de la finalidad como "disminutoria" del injusto(352), o cuando KRÜMPPELMANN alude a que "si el valor justificación no iguala totalmente el desvalor de la acción, entonces el injusto del hecho contiene siempre el desvalor de la conducta dolosa, aunque exista la conciencia de la justificación"(353), se está aludiendo implícita o explícitamente al principio de ponderación de valores como fundamento de la justificación o exclusión del injusto. Partiendo, pues, de esta constatación dogmática la aproximación al contenido-desvalor en situaciones de error sobre los presupuestos objetivos de la causa de justificación no

(350) NOLL, "Tatbestand..." cit. pág.14.

(351) Cfr. supra, pág.

(352) Cfr. supra, pág.

(353) "Stufen..." cit. pág.135.

tendría por qué hacerse, sin embargo, estableciendo un paralelismo estricto entre elementos subjetivos, por un lado, y objetivos, por otro, sino que los elementos de justificación formarían, en general, "la contrapartida de los elementos del injusto(354)", aunque por su naturaleza exista una especial y específica afectación de lo subjetivo hacia lo subjetivo, y de lo objetivo hacia lo objetivo. Por eso entra dentro de lo coherente, a pesar de la "ponderación de valores", el que la existencia exclusiva del elemento subjetivo de justificación, que evidentemente supone un valor paralelo de la acción (es decir, que discurre paralelamente al desvalor-tipicidad de la acción), no fuerce a la conclusión de que subsiste sólo el desvalor del resultado, sino que puede también conducir a la de que subsiste un injusto disminuido (ya que no se han igualado los intereses en conflicto). Sólo la más extrema, al respecto, elaboración dogmática de NOLL podría autorizar el paralelismo estricto inmanente a la denominada "teoría de la justificación separada"(355), al hacer entrar en el juego dogmático, con una relevancia fortalecida, la idea del "tipo de la autorización".

Sin embargo, hay que reparar en que tampoco este paralelismo, así fundamentado, en el que resulta irrefutable que la realización del "tipo subjetivo de la autorización" (elemento subjetivo de justificación) supone que el que actúa "conoce la situación justificante"(356), tiene que con

(354) NOLL, "Übergesetzliche..." cit. pág.184.

(355) Cfr. supra, págs. 316 .

(356) NOLL, "Die Rechtfertigungsgründe..." cit. pág.171.

Por lo demás, para NOLL ese "conocimiento de la situación justificante", que obviamente es un conocimiento

cluir en que se exija el conocimiento de todos los presupuestos de la causa de justificación⁽³⁵⁷⁾ para que se pueda hablar de la realización del "tipo subjetivo de la justificación", tal y como correspondería a una construcción jurídica que pretendiese establecer el elemento subjetivo de la justificación como "contrapartida del dolo"(358). Por el contrario, se trata aquí de una exigencia conjunta de elementos subjetivos y objetivos para que venga al caso la justificación del hecho típico, y por eso no es suficiente, incluso en la formulación de NOLL, la "ponderación de bienes", que puede producir el valor del resultado pero no el de la acción(359). Con respecto a éste, sólo afirmable dentro del más extenso ejercicio de la "ponderación de valores", es preciso remarcar, sin embargo, su vinculación al ejercicio de una finalidad valorable, y no al dolo, que sólo puede tener una acepción en el finalismo: la de finalidad dirigida a la realización del tipo objetivo. Por eso es incorrecta la opinión de NOLL de que "así como en el tipo del injusto el dolo se tiene que referir a todos los elementos, para que sobrevenga la punibilidad, es también necesario para la justificación, por analogía a la inversa, que en el tipo de la justificación el que actúa conozca la situación justificante"(360). Porque si, aunque

..... del tipo de la justificación, es fundamental para que el autorizado tenga consciencia de la conformidad a derecho (cfr. ob. ult.cit.pág..172), y ello incide directamente en la cuestión de cuándo está justificada una penalización por comisión dolosa, en el ámbito del error, ya que para NOLL esto sólo será posible si el autor tenía el conocimiento positivo de la prohibición (tº del dolo) (cfr. "Tatbestand..."cit. pág.6).

(357) Tal y como, paradójicamente, reconoce el propio NOLL, "Tatbestand..." cit. pág.19..

(358) Cfr. supra, págs. 210 y sigs.

(359) "Tatbestand..." cit. pág.9

(360) "Die Rechtfertigungsgründe..."cit, pág.171.

sea por la vía de la "analogía a la inversa", el elemento subjetivo de la justificación se construye como "contrapartida del dolo", habrá que declarar su compensación, consecuentemente, cuando se constate la presencia del elemento subjetivo de justificación, y al ser ello así, se habrá caído, de nuevo, en la tan criticada "subjetivización" de la exclusión del injusto, en tanto en cuanto no se le conceda al desvalor del resultado, por sí mismo, significación constitutiva para su fundamentación(361).

Así pues, sólo huyendo de la estricta "simetría"(362) de NOLL es posible utilizar el argumento de que el elemento subjetivo de justificación, que es constatable en los supuestos de error sobre la situación objetiva de justificación, produce efectos disminutorios del injusto, como cuestión valorativa que es, ya que en tal caso existe una parcial realización del tipo de la autorización por lo que el injusto habrá sido equilibrado valorativamente en una parte esencial(363), pero no totalmente. Esta no plena realización del tipo de la autorización o de la justificación, consiste, en los casos de error en cuestión, en la

(361) Por eso la afirmación de NOLL de que "según el principio de ponderación de valores hay que ponderar la suma de todos los elementos del injusto frente a la suma de todos los elementos de justificación" (Tatbestand..."cit. pág.14), carece, en realidad, de sentido, ya que, formulado así, toda la doctrina podría estar de acuerdo, porque también la opinión de que sólo el desvalor de la acción constituye injusto entiende que se ponderen todos los elementos del injusto (del desvalor de la acción, por tanto) con todos los de justificación (valor de la acción, en consecuencia)

(362) "Tatbestand..." cit. págs.8/9.

(363) En este sentido, también, NOLL ("Tatbestand..." cit. pág.18), aunque habla de "compensación", dada su ya criticada "simetría".

no existencia real de los presupuestos objetivos esencia-
les de la causa de justificación (tipo objetivo de la jus-
tificación), frente a lo que cree el que realiza el tipo
legal rector. No se trata, pues, de supuestos de exceso
(tampoco de exceso por error) en el ejercicio de la autori-
zación, sino de inexistencia real de los denominados elemen-
tos esenciales, o de alguno de ellos: no existe, por ejem-
plo, agresión ilegítima que justifique la reacción defen-
siva lesiva. En tales supuestos es doctrina y jurispruden-
cia común la negación de la exclusión de la antijuricidad.
En situaciones de justificación putativa, sin embargo el
parcial equilibrio valorativo se produce, a pesar de ello,
precisamente por la significación del elemento subjetivo.

En conclusión cabe decir que la idea de un sector de
la doctrina finalista de la exigencia de elementos objeti-
vos que se sumen a la situación subjetiva de conocimiento o
volición definida en la causa de justificación, de forma
que conjuntamente produzcan el efecto justificación o ex-
clusión del injusto, tiene su base en la ponderación de
valores como fundamento de la justificación, o, más en ge-
neral, en la idea de la justificación como producto de
"contra-desvalores", ya por elementos separados, ya por
valoración congruente de los mismos.

Sin embargo, ya se ha señalado reiteradas veces que en
una concepción personal del injusto la introducción de ele-
mentos objetivos en el injusto o en su exclusión no puede
referirse a la exigencia de una situación real (resultado)
de valor o desvalor desvinculado de la persona que realiza
la acción. Por eso el elemento objetivo que -todavía den-
tro de la idea de la ponderación de valores- se podría eri-

gir en significativo para la exclusión del injusto no puede ser la "existencia real de los presupuestos de hecho de la causa de justificación", sino la afirmación de su "necesidad", de la "necesidad de la acción (en otro ámbito, del resultado, también). "Necesidad" que debe definirse objetivamente, pero objetivamente "ex ante"(364). La justificación de un hecho doloso se definiría, pues, como el ejercicio objetivamente necesario ex ante del conocimiento-volición de la lesión de un bien jurídico en conocimiento-volición de la justificación.

Todavía es preciso, a mi entender, para concluir en una correcta dogmática de la exclusión del injusto en situaciones de justificación putativa, huir de una generalización en cuanto al principio fundamentante de las causas de justificación. Sin negar la obvia existencia de los mismos(365), hay que coincidir, sin embargo, con ROXIN, en que no van más allá de "abstracciones muy formales o de en debles paralelismos"(366), para concluir relativizando los intentos generalizadores de reconducción de todas las causas de justificación a un sólo principio(367), y admitiendo

(364) Cfr. WELZEL, Lehrbuch, pág.86; ARMIN KAUFMANN, "Zum Stande..." cit. pág.401; JESCHECK, Lehrbuch, pág.275; BOCKELMANN, "Notrechtsbefugnisse der Polizei", en Festschrift für Dreher, 1977, pág.247; LENCKNER, en Schönke-Schröder StGB, parágrafo 32, 34; MUNZBERG, "Verhalten und Erfolg..." cit. págs.235 y sigs. y 345 y sigs.

(365) Cfr. JESCHECK, Lehrbuch, pág.261; MAURACH-ZIPF, AT I, págs.362 y sigs.; STRATENWERTH, "Prinzipien der Rechtfertigung" cit. págs.41 y sigs.(también, conclusiones pág.70).

(366) "Política criminal y sistema del derecho penal", cit. pág.57.

(367) En este sentido, LUZON PEÑA, "Aspectos esenciales..." cit. pág.90.

en consecuencia, las distintas combinaciones de dichos principios ordenadores, estructurales, en la línea de ROXIN. En este sentido, pues, la idea de la "necesidad", desarrollada especialmente en la doctrina finalista como presupuesto de la autorización(368), o como principio estructural de las causas de justificación(369), no puede entenderse en ninguna de ambas acepciones, ya que ello reconduciría el planteamiento a un criticable intento de generalización, sino como expresión ulterior de una comprensión subjetivo-objetiva de la exclusión del injusto que no cifre la objetividad en la "ciega" (desconexa) realidad-resultado. La "necesidad", así entendida, discurre con absoluta independencia respecto a la ponderación de valores, es decir, que la acción declarada "necesaria" supone un valor de acción y un valor de resultado sin que ello haya tenido que ir vinculado a una ponderación de valores. Por eso resulta incorrecta, a mi entender, la reconducción de la idea de "necesidad" hacia la de ponderación en un conflicto, tal y como es observable en HIRSCH(370), o en el estudio sobre la teoría de las normas de Binding hecho por Armin KAUFMANN(371): el hecho de que la exigencia de constatación de la "necesidad" para la justificación demuestre, desde su punto de vista, la pre-existencia de un desvalor-tipicidad de la acción y del resultado no obliga a la com-

(368) Cfr. ZIELINSKI, ob.cit. págs.235 y sigs.

(369) Cfr. Armin KAUFMAN, "Lebendiges und Totes..." cit. pág.254; HIRSCH, "Die Lehre..." cit. págs.248 y sigs.

(370) "Die Leher. ." cit. págs.248 y sigs.

(371) "Lebendiges und Totes..." cit. pág.255. Distinto en "Zum Stande..." cit. pág.401.

prensión del "juicio de necesidad" como "juicio de contradesvalor", en el sentido de la ponderación, sino, como máximo, a la demostración del carácter excepcional de la justificación(372), lo cual es, por lo demás, punto común en la doctrina.

La independización del juicio de necesidad de su servidumbre respecto a la ponderación rompe con las pretendidas valoraciones parciales correspondientes a situaciones de justificación sólo parcialmente valorables. Y así, el contenido del injusto en supuestos de justificación putativa per error sobre los presupuestos de hecho de la causa de justificación hay que deducirlo no ya de la no equiparación o equilibrio del desvalor de la conducta típica y del de su resultado, sino, directamente, de la naturaleza compleja del mismo: si no se puede afirmar la "necesidad objetiva" "ex ante" de la acción, tampoco podrá venir al caso la exclusión del injusto, y el contenido del injusto que se desvela es el correspondiente a un conocimiento-volición de la lesión típica de un bien/interés jurídico y a una infracción del deber objetivo de cuidado, en el sentido del tipo imprudente, que condujo a la errónea conformación de una volición de la causa de justificación. Y, sensu contrario, si se puede afirmar la necesidad objetiva "ex ante" vendrá al caso la exclusión del injusto.

Así pues, la idea del "examen conforme a deber" afecta a la apreciación "ex ante" de la situación de justifica-

(372) Entre los finalistas, cfr., por todos, MAURACH-ZIPP, AT I, pág.362; en la doctrina española, cfr. MUÑOZ CONDE, Introducción a "Política criminal y sistema del derecho penal", de ROXIN, pág.12.

ción o confluye en ella"(373).

Para proseguir por esta vía descendente de concreción es preciso recordar ahora que, por otro lado, la idea de la "necesidad" juega independientemente como criterio objetivante del juicio de desvalor como contenido social de la pretensión de un resultado típico (es decir, del juicio de desvalor de la acción dolosa)(374). Ello es consecuencia de la no "desnormativización" absoluta del tipo(375), ya que en caso contrario se hace posible que el desvalor de la acción en el injusto doloso sea exclusivamente el de la pretensión de un resultado típico-desvalor objetivo, y esto hace posible, a su vez, todas las argumentaciones finalistas en torno al desvalor-tipicidad y desvalor-antijuricidad como fundamento de la teoría estricta de la culpabilidad. Como con razón (si se hace abstracción de la ordenación de sus argumentaciones en la teoría de los elementos negativos del tipo) manifiesta ROXIN "la teoría estricta de la culpabilidad sólo es aplicable allí donde el tipo no comprenda plenamente el contenido social de un acontecer y ^{se limite} en la descripción al mundo objetivo externo(376).

Ahora bien, si, como se ha visto, la idea de la necesidad objetiva ex ante es capaz de fundamentar, en caso de

(373) Armin KAUFMANN, "Zum Stande..." cit. pág.401. En el mismo sentido, JESCHECK, Lehrbuch, pág.265/266 (no en todo caso, cfr. nota 37, pág.266); LENCKNER, "Die Rechtfertigungsgründe..."cit.págs.167 y 179; el mismo, en Schönke-Schröder StEB, 32, 20 (con limitaciones); MÜNZBERG, "Verhalten und Erfolg..." cit. págs.235 y sigs. y 345 y sigs.

(374) Cfr. supra, págs. 264 y sigs.

(375) Así, ROXIN, "Die Irrtumsregelung des Entwurfs 1960..." cit. pág.214.

(376) ROXIN, "Die Irrtumsregelung des Entwurfs 1960..." cit. pág.214.

poderse afirmar en el contexto señalado, la no realización de injusto, y en este sentido se contrapone a la teoría estricta de la culpabilidad, también es capaz de fundamentar la realización de injusto doloso en caso de no poderse afirmar, y, en este sentido, coincidiría en parte con la citada teoría, aunque con una fundamentación radicalmente distinta. Porque, en efecto, esta concepción del tipo vinculada al "contenido social", no tiene nada que ver con la teoría de los elementos negativos del tipo(377). Pero tampoco con aquellas teorías que por la vía de la ponderación también, pretenden la compensación total o parcial del injusto típico doloso dada la existencia del elemento subjetivo de justificación. Por el contrario no es el elemento subjetivo de justificación, presente en los casos de justificación putativa analizados, el que rellena el valor como contenido social de la acción (o, al menos, no exclusivamente) sino que interviene como presupuesto (378) del valor de la acción, que vendrá al caso (el valor de la acción) sólo si es posible afirmar la necesidad objetiva "ex ante" (inexistencia de infracción del deber objetivo de cuidado). En caso de que se constate esto no es que se "pondere" el valor que ello supone frente al desvalor que conlleva la realización de la acción típica y la causación del resultado, sino que no existe desvalor de la acción. Y, en caso, contrario, al no poderse valorar como contenido social la realización del tipo, ésta se descubre como dolosa, dada la puesta en relación de la finalidad con un resultado típico que sólo incorrecta y evitablemente.

(377)Cfr. supra, págs. 264 y sigs.

(378) De acuerdo, HIRSCH, "Die Lehre..." cit. pág.253.

en un plano objetivable, se dirigió a un "valor".

3.- En conclusión, pues, la afirmación de la necesidad objetiva "ex ante" de la acción, cuando se cumple el elemento subjetivo de justificación (error inevitable sobre los presupuestos de hecho de la causa de justificación) equivale a la afirmación de la inexistencia de injusto (doloso o imprudente). Por el contrario, la constatación de la no "necesidad" objetiva "ex ante", con elemento subjetivo de justificación (error evitable sobre los citados presupuestos) equivale a la afirmación del injusto doloso, con causa subjetiva, de atenuación de la responsabilidad oriminal.

IV.- CONCLUSIONES del Capítulo III.

1.- El "riesgo permitido" resulta una construcción dogmática innecesaria, por ser solucionables cuantos temas se plantean al respecto, en el seno de otros elementos o requisitos determinantes en el delito. En concreto ello quiere decir que el "riesgo permitido" queda absorbido por el "cuidado objetivo exigido", cuya infracción rellena el tipo imprudente, al menos, y que, en consecuencia, en los hasta ahora considerados supuestos de R.P. se trata de investigar si el que actúa ha infringido o no el "deber objetivo de cuidado", y no si su conducta estaba o no dentro del ámbito del "riesgo permitido" ó "no prohibido". Ello tiene que ver con la consideración de que el R.P. no es tanto el que conlleva toda "actividad peligrosa socialmente adecuada", sino el immanente al ejercicio cuidadoso, en el sentido del tipo imprudente al menos, de dicha actividad.

Existen, efectivamente, riesgos socialmente inadecuados atípicos. (Confrontar conclusiones 3 y 4).

2.- Ni el "riesgo no permitido" o "prohibido" (?) es un caso de aplicación de la teoría de la adecuación social, ni lo es, tampoco, el concepto del "cuidado necesario" en el tráfico.

El criterio de la "adecuación social" resulta, igualmente, una construcción dogmática innecesaria, reconduci-

ble al del "cuidado exigido" objetivamente, y en concreto al desvalor de la acción, en el injusto típico. Por lo demás las "valoraciones" que se requieren para dilucidar si una conducta "peligrosa" infringe o no el deber objetivo de cuidado, como elemento típico, no se "rellenan" en base a la inmensa abstracción de lo adecuado socialmente. La adecuación social no es criterio válido, por tanto, ni siquiera como "óptica abstracta" para la indagación de la tipicidad.

3.- La moderna dogmática del delito imprudente se ha visto profundamente trastocada por la orientación que la "adecuación social" ha imprimido en el "riesgo permitido". Lo erróneo es desvincular el R.P. del "juicio de adecuación" para ordenarlo, sin embargo, en el seno de la teoría de la adecuación social. La fundamentación dogmática al respecto se establece a través de la "teoría del incremento del riesgo".

4.- A través de la "teoría del incremento del riesgo" se descubre el concepto de "riesgo permitido no causal", que alude a que existe un ámbito de riesgo afirmable como permitido dada la constatación (?) de la inexistencia de una causalidad adecuada. Esto produce una reconducción dogmática de la teoría del incremento del riesgo hacia la del juicio de adecuación, de lo que se deduce que la inexistencia de conexión causal adecuada impide la afirmación de la infracción del deber objetivo de cuidado como elemento del tipo imprudente. La trascendencia del mero terreno de la causalidad en la conformación del concepto del deber objetivo de cuidado se consigue, sin embargo, si se considera que:

5.- Infracción del deber objetivo de cuidado es incremento del riesgo de producción de un resultado, siempre y cuando ese incremento no se deba a causalidad adecuada concurrente no reconducible directamente a la propia conducta. Ello supone el reconocimiento de que el paso del riesgo simplemente lícito (en el sentido de actividad arriesgada que el derecho penal no tiene ni que autorizar ni que prohibir), al terreno del riesgo causalmente adecuado suele constituir un aumento o incremento del riesgo, y en este sentido una infracción del deber objetivo de cuidado. Sin embargo ello sólo es confirmable tras la constatación de que el resultado no se habría producido igualmente.

6.- La exigencia del examen conforme a "deber", como elemento subjetivo de justificación, en aquellas causas que conllevan el elemento del "riesgo permitido" (manifiestamente en el ejercicio del cargo), carece de fundamento dogmático, ya que tal exigencia o bien confluye en la exigencia del conocimiento de la conformidad a derecho, en cuyo caso es perfectamente inútil en el plano del injusto, o bien es expresión de la exigencia de observancia del deber objetivo de cuidado, lo que convierte su exigencia específica en perfectamente innecesaria.

7.- Cuando el que actúa se encuentra en una situación de justificación putativa no es que haya dejado de tener conciencia de la lesión de un interés, sino que si realiza la acción es porque ha vencido su "impulso de omitirla" (impulso que es consecuencia de su dolo del tipo y de

la consciencia de la lesión de un interés) por suponer una situación justificante, y no porque no tenga consciencia de la lesión de un interés, a pesar de su dolo de tipo. Es decir que su decisión se debe a una respuesta errónea sobre lo autorizado o antijurídico de su conducta, es decir a una respuesta errónea a su "impulso", "incitación" ó "llamada" del tipo.

8.- Sin embargo, tanto por la naturaleza cognitiva del error sobre los presupuestos de hecho de la causa de justificación (*Sachverhaltsirrtum*) como por la especial relación de error de prohibición, en su caso, con el hecho imprudente, la imprudencia afirmable en casos de error sobre los presupuestos de hecho de una causa de justificación es una imprudencia de hecho.

9.- El contenido del injusto que se desvela en los supuestos de error sobre los presupuestos de hecho de la causa de justificación se estructura en base a tres clases de elementos: elementos del injusto doloso, elementos del injusto imprudente y elemento subjetivo de justificación.

10.- La única posibilidad dogmáticamente fundamentada para la evitación de la subjetivización de la exclusión del injusto desde la óptica de la teoría finalista tradicional, es construir el valor justificación como compuesto de elementos subjetivos y objetivos, dado que las situaciones de justificación real y las putativas son subjetivamente idénticas (dolo y elemento subjetivo de justificación). Sólo exigiendo elementos objetivos (valor del resultado)

que se sumen a la situación subjetiva, y concediéndole a ésta capacidad disminutoria, sólo, del injusto, puede conseguirse el objetivo pretendido. Esta posibilidad dogmática está inmersa en una concepción de la exclusión del injusto "ponderatoria" entre valores y desvalores.

11.- Sin embargo el elemento objetivo que se puede exigir como significativo para la exclusión del injusto personal no puede ser la existencia de la situación objetiva de justificación sino la afirmación de la "necesidad" objetiva ex ante, del ejercicio de la finalidad con poder de resultado. Ello fuerza a una concepción "no ponderatoria", de la exclusión del injusto y a una negación de la "necesidad" ó "necesariedad" como principio general de la justificación.

12.- La objetivización de la exclusión del injusto doloso se debe a la no vinculación exclusiva de dicha exclusión al elemento subjetivo de justificación sino también a la inexistencia de infracción del deber objetivo de cuidado. (Confirmación de la "necesidad" ó "necesariedad" objetiva ex ante).

13.- El "examen conforme a deber" tiene que ver con la evitabilidad del error, que hay que reconducir hacia la "necesidad" ó "necesariedad" objetiva ex ante.

14.- No es el elemento subjetivo de justificación el que rellena el valor como contenido social de la acción, sino que dicho elemento subjetivo interviene como presu-

puesto de dicho valor que vendrá al caso sólo si es posible afirmar dicha "necesidad" ó "necesariedad".

15.- En definitiva, pues, la confirmación de la necesidad objetiva ex ante cuando se dá el elemento subjetivo de justificación (error evitable sobre los presupuestos de hecho de la causa de justificación) equivale a la afirmación de la inexistencia de injusto (doloso o imprudente). Por el contrario la afirmación de la no necesidad objetiva ex ante, con elemento subjetivo de justificación (error evitable sobre los presupuestos de hecho de la causa de justificación) equivale a la confirmación del injusto doloso (con causa subjetiva de disminución de la responsabilidad criminal, en su caso). En consecuencia (propuesta):

- 1).- Está exento de responsabilidad criminal aquél que actúa en error objetivamente inevitable sobre la existencia de los presupuestos de hecho de una causa de justificación.
 - 2).- El que actúa, por el contrario, en error objetivamente evitable sobre los citados presupuestos, responderá por el hecho doloso, aunque con posibilidad de responsabilidad criminal disminuída.
-

~~254~~BIBLIOGRAFIA

ANTON ONECA, José, Derecho Penal, Tomo I, Parte General, Madrid, 1949

BACHOFF, Otto, Anmerkung zu dem Urteil des LVG Minden von 19.6.1951, en DOV 1952, pags. 119-120

- Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht, en JZ 1955, pags. 97-102
- Anmerkung zum BVerwG 16.12.1971, en JZ 1972, pags. 208-210
- Neue Tendenzen in der Rechtsprechung zum Ermessen und zum Beurteilungsspielraum, en JZ 1972, pags. 641-647
- Intervención en los debates sobre las ponencias de SCHOTZ y SCHMIDT-ASSMANN, en relación a la responsabilidad de la Administración y la judiciabilidad de sus actos, en VVDStRL, tomo 34, - 1976, pags. 275-282

BAUMANN, Jürgen, Strafrecht, AT, 8ª edición, Bielefeld 1977 (Ernst und Werner Giesecking)

- Rechtmässigkeit von Mordgeboten ?, en NJW 1964, pags. 1398-1405

BERNERT, Günther, Zur Lehre von der "sozialen Adäquanz" und der "sozialadäquaten Handlungen". Ein Beitrag zum Recht der unerlaubten Handlungen, Marburg, 1966, (N.G. Elwert)

BINAVINCE, Emilio S. , Die vier Momente der Fahrlässigkeitsdelikte, Bielefeld, 1969 (Ernst- und Werner Gieseking)

BINDING, Karl, Die Normen und ihre Übertretung, tomo II, volumen II, reimpresión de la 2ª edición (Leipzig, 1916), Aalen, 1965 (Scientia)

BLANKE, Ernst-August, Die subjektiven Rechtfertigungselemente, Dissertation, Bonn, 1960

BLEI, Hermann, Probleme des polizeilichen Waffengebrauchs, en JZ 1955, pags. 625-631

- Strafrecht, I, AT, Ein Studienbuch, 17ª edición de la obra fundada por Edmund Mezger, München, 1977 (C.H.Beck)

BOCKELMANN, Paul, Comentario a la sentencia OGHBrZ, - Köln, de 4.4.1950, en NJW 1950, pags. 830-832

- Notrechtsbefugnisse der Polizei, en Festschrift für Eduard Dreher, Berlin, 1977, pags. 235-250 (Walter de Gruyter & Co.)

BOLDT, Gottfried, Zur Struktur der Fahrlässigkeits-Tat, en ZStW 1956, (tomo 68), pags. 335-373

BULLINGER, Martin, Ermessen und Beurteilungsspielraum -
Versuche einer Therapie, en NJW 1974, pags.
769-773

CEREZO MIR, José, El concepto de la acción finalista
como fundamento del sistema del derecho pe-
nal, en ADPCP 1958, pags. 561-570

- Lo objetivo y lo subjetivo en la tentativa,
Universidad de Valladolid, 1964

- Notas en la traducción de "El nuevo sistema
del derecho penal. Una introducción a la doc-
trina de la acción finalista", de Welzel, -
Barcelona, 1964 (Ariel)

- Los delitos de atentado propio, resistencia
y desobediencia, en REP 1966, pags. 319-372

CLAUSS, Wolfgang, Der spezifisch strafrechtliche Begriff
der Rechtmässigkeit der Amtshandlung in (pa-
rágrafo) 113 Abs. 3 StGB, Dissertation, Tübingen, 1973

CLAVERO AREVALO, Manuel Francisco, Jurados fiscales y
jurisdicción contencioso-administrativa, en
RAP 1962, nº 39, pags. 15-38

CORDOBA RODA, Juan, El conocimiento de la antijurici-
dad en la teoría del delito, Barcelona 1962
(Bosch)

-Una nueva concepción del delito. La doctrina
finalista, Barcelona, 1963, (Ariel)

- Las eximentes incompletas en el Código Penal, Oviedo, 1966 (Publicaciones del Instituto de Estudios Jurídicos)
- Die Regelung der Fahrlässigkeit im spanischen Strafrecht, en ZStW 1969, (tomo 81), pags. - 425-440
- Comentarios al Código Penal, Tomo I, y Tomo III (1972 y 1978) (Ariel)

DEUTSCH, Erwin, Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt, Köln, Berlin, Bonn, München, 1963 - (Carl Heymanns)

- Begrenzung der Haftung aus abstrakter Gefährdung wegen fehlender adäquater Kausalität?, Bemerkungen zum Schadensrechtlichen Aspekt des Urteils des Hessischen VGH v. 16. November. 1965, en JZ 1966, pags. 556-559

DOHNA, Alexander, Zum neuesten Stand der Schuldlehre, en ZStW 1911, (tomo 32), pags. 323-338

DREHER, Eduard, Das 3 Strafrechtsreformgesetz und seine Probleme, en NJW 1970, pags. 1153-1161

- Der Irrtum über Rechtfertigungsgründe, en Festschrift für Ernst Heinitz, Berlin 1972, pags. 207-228 (Walter de Gruyter)
- Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen und Verordnungen, 37ª edición, München 1977 (C.H.Beck)

DREWS, WACKE, VOGEL, MARTENS, Allgemeine Polizeirecht,
8ª edición, Köln, Berlin, Bonn, München, 1975
(Carl Heymanns)

ENGISCH, Karl, Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlä-
ssigkeit im Strafrecht, Berlin, 1930 (Otto
Liebmann)

- Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen
Tatbestände, Tübingen, 1931 (J.C.B.Mohr)
- Die normativen Tatbestandselemente im Strafrecht,
en Festschrift für Edmund Mezger, München, Ber-
lin, 1954, pags. 127-163 (C.H.Beck)
- Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum bei Recht-
fertigungsgründen, en ZStW 1958, (tomo 70), -
pags. 566-615
- Der Unrechtstatbestand im Strafrecht, en DJT-
Festschrift, tomo I, Karlsruhe, 1960, pags. -
401-437
- Logische Studien zur Gesetzesanwendung, 3ª edic.
Heidelberg, 1963 (Carl Winter)
- Introducción al pensamiento jurídico, traducción
de Ernesto Garzón Valdés, Madrid, 1967 (Gua-
darrama)
- Die Idee der Konkretisierung in Recht und Recht-
swissenschaft unserer Zeit, 2ª edic. Heidelberg,
1968 (Carl Winter)

- ERICHSEN, Hans-Uwe, Verfassungs- und verwaltungsrechts
geschichtliche Grundlagen der Lehre vom fehler-
haften belastenden Verwaltungsakt und seiner-
Aufhebung im Prozess, Frankfurt, 1971 (Athe-
näum)
- ERICHSEN, Hans-Uwe, y MARTENS, Wolfgang, Allgemeines
Verwaltungsrecht, 2ª edic. Berlin, New York,
1977 (Walter de Gruyter & Co.)
- ESCRIVA GREGORI, José María, La puesta en peligro de
bienes jurídicos en Derecho penal, Barcelona
1976 (Bosch)
- ESER, Albin, Strafrecht, tomo II, 2ª edic. München, -
1976 (C.H.Beck)
- EYERMANN, Erich, y FRÖHLER, Ludwig, Verwaltungsgerichts
ordnung Kommentar, 7ª edic. München 1977 (C.
H. Beck)
- FERRER SAMA, Antonio, Comentarios al Código Penal, to-
mo I, Murcia, 1946 (Sucesores de Nogués)
- FINCKE, Martin, Darf sich eine Privatperson bei der -
Festnahme nach (parágrafo) 127 StPO irren ?,
en GA 1971, pags. 41-51
- FORSTHOFF, Ernst, Lehrbuch des Verwaltungsrecht, tomo
I, AT, 10ª edic. München, 1973 (C.H.Beck)
- FUKUDA, Taira, Das Problem des Irrtums über Rechtfertigungsgründe, en JZ 1958, pags. 143-148

GALLAS, Wilhelm, Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen, en ZStW 1955, (tomo 67), pags. 1-47

GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo; poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos, Madrid, 1974 (Civitas)

- Sobre los límites del poder de policía general y del poder reglamentario, en REDA 1975 (nº5) pags. 203-214

GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, y FERNANDEZ, Tomás Ramón, Curso de Derecho administrativo, tomo I, 2ª - edic., Madrid 1975 (Civitas)

GASSMANN, Jürgen, Die Rechtmässigkeit der Amtsausübung beim Widerstand gegen die Staatsgewalt nach - deutschen und anglo-amerikanischen Strafrecht, Dissertation, Berlin, 1961.

GEPPERT, Klaus, Rechtfertigende "Einwilligung" des verletzten Mitfahrers bei Fahrlässigkeitsstraftaten im Strassenverkehr ?, en ZStW 1971, (tomo 83), pags. 947-1001

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, Die innere und äussere Problematik der inadäquaten Handlungen in der -- deutschen Strafrechtsdogmatik, zugleich ein - Beitrag zum Kausalproblem zum Strafrecht, Dissertation, Hamburg, 1962

- Delitos cualificados por el resultado y causalidad, Madrid, 1966 (Reus)

GÜNTHER, Hellmuth, Nochmals : Der Begriff der Rechtmäßigkeit einer Vollstreckungshandlung i. S. des (parágrafo) 113 Abs.3 StGB, en NJW 1973, pags. 309-311

HARDWIG, Werner, Sachverhaltsirrtum und Pflichtirrtum, en GA 1956, pags. 369-379

- Pflichtirrtum, Vorsatz und Fahrlässigkeit, en - ZStW 1966, (tomo 78), pags. 1-29

HENKE, Horst-Eberhardt, Die Tatfrage. Die unbestimmte Begriff im Zivilrecht und seine Revisibilität. (Duncker & Humblot)

HENKEL, Heinrich, Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit als regulatives Rechtsprinzip, en Festschrift für - Edmund Mezger, München, Berlin, 1954, pags. 249-309 (C.H.Beck)

HIMMELREICH, Klaus, Notwehr und unbewusste Fahrlässigkeit. (Neue Kölner Rechtswissenschaftliche Abhandlungen, tomo 70), Berlin, New York, 1971 (Walter de Gruyter & Co)

HIRSCH, Joachim, Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen. Der Irrtum über einen Rechtfertigungsgrund, Bonn, 1960 (Ludwig Röhrscheid)

- Soziale Adäquanz und Unrechtslehre, en ZStW 1962, (tomo 74), pags. 78-135

HIRSCH, Martin, Probleme des Polizeieinsatzes durch - den Staatsanwalt, en ZRP 1971, pags. 206-208

JAKOBS, Günther, Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, Berlin, New York, 1972 (Walter de Gruyter)

JANKNECHT, Hans, Verfassungs- und strafrechtliche Fragen zu "Sitzstreiks", en GA 1969, pags. 33-46

JAROSCH, Roland, Die Fiktion des unbestimmten Rechtsbegriffs, en DÖV 1974, pags. 123-127

JELLINEK, Walter, Gesetz, Gesetzanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung. Zugleich ein System der ungültigkeitsgründe von Polizeiverordnungen und -verfügungen. Eine Staats- und verwaltungsrechtliche Untersuchung. Tübingen, 1913 (J.C.B. Mohr (Paul Siebeck))

- Verwaltungsrecht, 3ª edición, Berlin, 1931 (J. Springer). Reimpresión, Offenburg, 1948

JESCH, Dietrich, Unbestimmter Rechtsbegriff und Ermessen in rechtstheoretischer und verfassungsrechtlicher Sicht, en AöR 1957, pags. 163-249 (-tomo 82)

- Recensión al libro de Horst Ehmke "Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht" (Tübingen, 1960), en AöR 1961, (tomo 86), pags. 491-496

JESCHECK, Hans-Heinrich, Lehrbuch des Strafrechts, AT, 2ª edic. Berlin, 1972 (Duncker & Humblot). 3ª edición, Berlin, 1978 .

KAUFMANN, Armin, Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie, Göttingen, 1954 (Otto Schwartz)

- Tatbestandseinschränkung und Rechtfertigung, en JZ 1955, pags. 37-41
- Der dolus eventualis im Deliktsaufbau. Die Auswirkungen der Handlungs- und der Schuldlehre - auf die Vorsatzgrenze, en ZStW 1958, (tomo 70), pags. 64-86
- Das fahrlässige Delikt, en ZRVgl 1964, pags. 41-55
- Die Dogmatik im Alternativ-Entwurf, en ZStW 1968, (tomo 80), pags. 34-53
- Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht, en Festschrift für Hans Welzel, Berlin, New York, 1974, pags. 393-414 (Walter de Gruyter)

KAUFMAN, Arthur, Das Unrechtsbewusstsein in der Schuldlehre des Strafrechts, Mainz, 1949 (Dr. Hans-Krach)

- Zur Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen, en JZ 1954, pags. 653-659
- Tatbestand, Rechtfertigungsgründe und Irrtum, en JZ 1956, pags. 353-358
- Die Bedeutung hypothetischer Erfolgsursachen im Strafrecht, en Festschrift für Eberhard Schmidt, Göttingen, 1961, pags. 200-232 (Vandenhoeck und Rupprecht)
- Die Irrtumsregelung im Strafgesetz-Entwurf 1962, en ZStW 1964, (tomo 76), pags. 543-581

KELLNER, Hugo, Der sogenannte Beurteilungsspielraum
in der verwaltungsgerichtlichen Prozesspraxis,
en NJW 1966, pags. 857-863

- Einiges zum behördlichen Ermessen, en DÖV 1969,
pags. 309-313

- Neue Erkenntnisse zum sogenannten Beurteilungs-
spielraum ?, en DÖV 1972, pags. 801-808

KERN, Eduard, Grade der Rechtswidrigkeit, en ZStW 1952,
(tomo 64), pags. 255-291

KIENAPFEL, Diethelm, Das erlaubte Risiko im Strafrecht.
Zur Lehre vom sozialen Handlungsbegriff, Frank-
furt a.M. 1966, (Vittorio Klostermann)

KLOEPFER, Michael, Comentario a la resolución GS de -
19.10.1971, en NJW 1972, pags. 1411-1412

KLUG, Ulrich, Sozialkongruenz und Sozialadäquanz im -
Strafrechtssystem, en Festschrift für Eberhard
Schmidt, Göttingen, 1961, pags. 249-265

KOHLRAUSCH-LANGE, Strafgesetzbuch mit Erläuterungen und
Nebengesetzen, 43^a edic. redactada por Richard-
LANGE, Berlin, 1961 (Walter de Gruyter & Co)

KRAUSS, Detlef, Erfolgsunwert und Handlungsunwert im
Unrecht, en ZStW 1964, (tomo 76), pags. 19-68

KREY, Volker, Strafrecht, BT, Studienbuch in systema-
tisch induktiver Darstellung. Tomo I. Besonderer
Teil ohne Vermögensdelikte. 2^a edic. Stuttgart,
Berlin, Köln, Mainz, 1975 (W. Kohlhammer)

- Der Münchener Schliessbefehl-Grenzen des staatsanwaltschaftlichen Weisungsrecht gegenüber der Polizei, en ZRP 1971, pags. 224-227

KREY, Volker, y MEYER, Wolfgang, Zum Verhalten von -- Staatsanwaltschaft und Polizei bei Delikten mit Geiselnahme, en ZRP 1973, pags. 1-5

KRÜGER, Ralf, Polizeilicher Schusswaffengebrauch, 2^a - edic. Stuttgart, 1973 (Richard Booberg)

- Die bewusste Tötung bei polizeilichem Schusswaffengebrauch, en NJW 1973, pags. 1-4

KRÜMPELMANN, Justus, Die Bagatelldelikte, Berlin, 1966 (Duncker & Humblot)

- Stufen der Schuld beim Verbotsirrtum. Zugleich eine Stellungnahme zur Behandlung des Irrtums - über Rechtfertigungsgründe im Entwurf 1962 und im Alternativ-Entwurf, en GA 1968, pags. 129-148

KÜPER, Wilfried, "Pflichtgemässe Prüfung" bei Zuziehung von Durchsuchungszeugen - Zugleich zum Rechtfertigungselement der pflichtgemässen Prüfung bei Amtshandlungen, en NJW 1971, pags. 1681-1685

LAMPE, Ernst-Joachim, Täterschaft bei fahrlässiger Straftat, en ZStW 1959, (tomo 71), pags. 579-616

- Das personale Unrecht, Berlin, 1967 (Duncker & Humblot)

LANCKNER, Karl, Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, - -
11ª edic. München, 1977 (C.H.Beck)

LANGE, Wilfried, Probleme des polizeilichen Waffenge-
brauchsrecht, en MDR 1974, pags. 357-359

LEIPZIGER KOMMENTAR, Strafgesetzbuch, 9ª edic. dirigi-
da por Paulheinz BALDUS y Günther WILLMS, Ber-
lin, 1970-1974, tomo I, Vor. (parágrafo) 51 --
(por Joachim HIRSCH) y (parágrafo) 59 (por --
Friedrich-Christian Schroeder). Tomo II, (pará-
grafo) 113 (por Georg HEIMANN-TROSIEN) (Walter
de Gruyter)

LENCKNER, Theodor, Der rechtfertigende Notstand, Tübin-
gen, 1965 (J.C.B.Mohr(Paul Siebeck))

- Die Rechtfertigungsgründe und das Erfordernis -
pflichtgemässer Prüfung, en Festschrift für Hell-
muth Mayer, 1966 (Berlin), pags. 165-184 (Duncker
& Humblot)

LINDER, Georg-Wulf, Notrechtsvorbehalte und polizeili-
che Praxis, en Die Polizei 1972, pags. 276-279

LÜDERSSEN, Klaus, Zum Strafgrund der Teilnahme, Baden-
Baden, 1967 (Nomos)

- Die strafrechtsgestaltende Kraft des Beweisrecht,
en ZStW 1973, (tomo 85), pags. 287-319

LUZON PEÑA, Diego ^Manuel, Aspectos esenciales de la le-
gítima defensa, Barcelona, 1978 (Bosch)

MAIHOFFER, Werner, Der Unrechtsvorwurf. Gedanken zur ei
ner personalen Unrechtslehre, en Festschrift -
für Rittler,

MARTIN GONZALEZ, Manuel, El grado de determinación legal
de los conceptos jurídicos, en RAP 1967, nº 54,
pags. 197-292

MARTIN RETORTILLO, Lorenzo, Las sanciones de orden públi
co en Derecho español, Barcelona, 1973 (Tecnos)

MAURACH, Reinhart, Die Beiträge der neueren höchst-rich-
terlichen Rechtsprechung zur Bestimmung des Wahn
verbrechens, en NJW 1962, pags. 716-721 y 767-
773

- Deutsches Strafrecht, BT, 5ª edic. Karlsruhe, -
1969, con Nachtrag II, 1971 (C.F.Müller)

- Deutsches Strafrecht, AT, 4ª edic. Karlsruhe, -
1971 (C.F.Müller)

MAURACH-ZIPF, Strafrecht, AT, Teilband I, Grundlehren -
des Strafrechts und Aufbau der Straftat, Ein --
Lehrbuch, fundado por Reinhart Maurach y conti-
nuado por Heinz Zipf, 5ª edic. reformada, Heidel-
berg, Karlsruhe, 1977 (C.F. Müller)

MERTEN, Detlef, Aktuelle ^Probleme des Polizeirechts, (un-
ter Berücksichtigung des Musterentwurfes eines
einheitlichen Polizeigesetzes des Bundes und Län-
der). Vorträge und Diskussionsbeiträge des 5. -
Sonderseminars 1976 der Hochschule für Verwal-
tungswissenschaften Speyer herausgegeben von --
Detlef MERTEN, Schriftenreihe der Hochschule -
Speyer, Band 64, Berlin, 1977 (Duncker & Hum-
blot). Contiene ponencias de: Carl Hermann ULE,
Notwendigkeit einheitlicher Polizeigesetze ?, -
pags. 27-46 ; Eberhard SCHMIDHÄUSER, Notwehr und
Nothilfe des Polizeibeamten aus strafrechtlicher

Sicht, pags. 53-66 ; Paul KIRCHHOF, Notwehr und Nothilfe des Polizeibeamten aus öffentlich-rechtlicher Sicht, pags. 67-79 ; Detlef MERTEN, Zum polizeilichen Schusswaffengebrauch, pags. 85-106 ; Peter RÖSSLER, Das Polizeirecht in der neueren verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung, pags.-113-138 .

MEYER, Klaus, Zur Problematik der unbestimmten Begriffe in der Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte, en DÖV 1954, pags. 368-370

MEYER, Wolfgang, Der Begriff der Rechtmässigkeit einer Vollstreckungshandlung i. S. des (parágrafo) - 113 Abs. 3 StGB, en NJW 1972, pags. 1845-1847

- Nochmals : Der Begriff der Rechtmässigkeit einer Vollstreckungshandlung i. S. des (parágrafo) 113 Abs. 3 StGB, en NJW 1973, pags. 1074-1075

MEZGER, Edmund, Die subjektiven Unrechtselemente, en Der Gerichtsaal, 1923, (tomo 89), pags. 207-314

MÜLLER, Horst Joachim, Das Ermessen in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, en DÖV 1969, pags. 119-127

- Comentario a la sentencia BVerwG de 16.12.1971, en NJW 1972, pags. 1587-1588

MÜNZBERG, Wolfgang, Verhalten und Erfolg als Grundlagen der Rechtswidrigkeit und Haftung, Frankfurt a. M. 1966 (Vittorio Klostermann)

MUÑOZ CONDE, Francisco, Introducción a "Política Criminal y sistema del derecho penal", de ROXIN, (Traducción Muñoz Conde), Barcelona, 1972 (Bosch)

- Comentarios al Código Penal y dogmática jurídico-penal, en ADPCP 1974, pags. 481-505
- Derecho Penal, Parte Especial, 2ª edic. Sevilla, - 1976 (Publicaciones Universidad de Sevilla)

OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio, El bien jurídico protegido en los capítulos VI y VIII del título II del - Código Penal (Comentario a algunas sentencias del Tribunal Supremo dictadas sobre esta materia en los últimos años), en CPCr, nº 1, 1977, pags. 115-134

OSSENBUHL, Fritz, Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz, Bad Homburg, Berlin, Zürich, 1968 (Gehlen)

- Tendenzen und Gefahren der neueren Ermessenslehre, en DÖV 1968, pags. 618-627
- Ermessen, Verwaltungspolitik und unbestimmter Rechtsbegriff, en DÖV 1970, pags. 84-90
- Zur Renaissance der administrativen Beurteilungsermächtigung, en DÖV 1972, pags. 401-405
- Vom unbestimmten Gesetzbegriff zur letzverbindlichen - Verwaltungsentscheidung, en DVBl 1974, pags. 309-313
- Der polizeiliche Ermessens- und Beurteilungsspielraum, en DÖV 1976, pags. 463-471

OTT, Sieghart, Die neue Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zum literarischen Jugendsschutz in verfassungsrechtlicher Sicht, en NJW 1972, pags. 1219-1222

OTTO, Harro, Grundkurs im Strafrecht. Allgemeines Strafrechtslehre, Berlin, New York, 1976 (W. de G.)

PEREZ OLEA, Manuel, La discrecionalidad administrativa y su fiscalización judicial, en Estudios en homenaje al profesor López Rodó, 1972, tomo II, pags. 41-70 (Universidad de Santiago, Universidad Complutense, Consejo Superior de Investigaciones Científicas)

PETERS, Karl, Sozialadäquanz und Legalitätsprinzip, en Festschrift für Hans Welzel, Berlin, New York, - 1974, pags. 415-429

PREISENDANZ, Holger, Strafgesetzbuch. Lehrkommentar mit Erläuterungen und Beispielen, ausgewählten Nebengesetzen sowie einem Anhang über Jugendstrafrecht, 30ª edic. Berlin, 1978 (J. Schweitzer)

PREUSS, Wilhelm, Untersuchungen zum erlaubten Risiko im Strafrecht, Berlin, 1974 (Duncker & Humblot)

QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, Curso de Derecho penal, tomo I, Parte General, Madrid, 1963 (Editorial Revista de Derecho Privado)

REDEKER, Konrad, Anmerkung zu dem Beschluss des GS der obersten Gerichtshöfe des Bundes, vom 19.10.1971, en DVBl 1972, pags. 608-609

REHBERG, Jürg, Zur Lehre vom "erlaubten Risiko", Zürich, 1962 (Schulthess & Co)

REIBINDER, Manfred, Die Rechtmässigkeit der Amtsausübung im (parágrafo) 113 StGB, en GA 1963, pags. 33-41

REUSS, Hermann, Der unbestimmte Rechtsbegriff. II . Gegenäusserung, en DÖV 1954, pags. 557-559

- Comentario a las sentencias VGH Stuttgart, Karlsruher Senat, de 16.1.1953, y VGH Freiburg de --

30.7.1953, en DÖV 1954, pags. 55-57

- Comentario a la sentencia BVerwG de 10.3. 1954, en DÖV 1954, pags. 535-537

RODRIGUEZ DEVESA, José María, Derecho penal español, Parte General, Madrid, 1976 (sin editorial)

RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo, Derecho penal, Parte General, Madrid, 1977 (Civitas)

- Legítima defensa real y putativa en la doctrina penal del Tribunal Supremo, Madrid, 1976 (Civitas)

RODRIGUEZ RAMOS, Luis, El "resultado" en la teoría jurídica del delito, en CPCr, nº 1, 1977, pags. 49-62

ROEDER, Hermann, Die Einhaltung des sozialadäquaten Risikos, und ihr systematischer Standort im Verbrechensaufbau, Berlin, 1969 (Duncker & Humblot)

ROSAL, Juan del, Tratado de Derecho penal español, Parte General, Volúmen I, 2ª edic. revisada y corregida por Manuel Cobo, Madrid, 1976 (sin edit.)

ROSTEK, Holger, Comentario a la sentencia KG de 15.12. 1971, en NJW 1972, pags. 1335-1336

ROXIN, Claus, Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale, Hamburger Rechtsstudien, Heft 47, 2ª edic. inalterada, Berlin, 1970 (W. de G. & Co.)

- Die Irrtumsregelung des Entwurfs 1960 und die - strenge Schuldtheorie, en MschrKrim 1961, pags. 211-221

- Die Behandlung des Irrtums im Entwurf 1962, -
en ZStW 1964, (tomo 76), pags. 582-618
- Recensión al libro de Ulsenheimer "Das Verhältnis
zwischen Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei
den Fahrlässigkeitsdelikten", en ZStW 1966, -
(tomo 78), pags. 214-222
- Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafre
cht, en Festschrift für Richard Honig, Göttingen,
1970, pags. 133-150 (Otto Schwartz & Co)
- Política Criminal y sistema del derecho penal,
traducción de Francisco Muñoz Conde, Barcelona,
1972, (Bosch)
- Problemas básicos del derecho penal, traducción
de Diego Manuel Luzón Peña, Madrid, 1976 (Reus)

ROXIN / SCHÜNEMANN / HAFKE, Strafrechtliche Klausurenu
lehre mit Fallrepetitorium, Köln, Berlin, Bonn,
München, 1973 (Carl Heymann)

RUDOLPHI, Hans Joachim, Inhalt und Funktion des Handlungsu
unwertes im Rahmen der personalen Unrechtslehre,
en Festschrift für Reinhart Maurach, Karlsruhe,
1972, pags. 51-74 (C.F.Müller)

RUDOLPHI / HORN / SAMSON / SCHREIBER, Systematischer --
Kommentar zum StGB, tomo I, AT, 2ª edic. Franku
furt a. M. 1977 (Metzner)

RUPPRECHT, Reinhard, Die tödliche Abwehr des Angriffs -
auf menschliches Leben, en JZ 1973, pags. 263-
267

SAINZ MORENO, Fernando, Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa, Madrid, 1976 (Civitas)

SCHAFFSTEIN, Friedrich, Putative Rechtfertigungsgründe und finale Handlungslehre, en MDR 1951, pags. - 196-200

- Notwehr und Güterabwägungsprinzip, en MDR 1952, pags. 132-136

- Soziale Adäquanz und Tatbestandslehre, en ZStW 1960, (tomó 72), pags. 369-396

- Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum, en OLG-Celle Festschrift, Göttingen, 1961, pags. 175-206

- Die Risikoerhöhung als Zurechnungsprinzip im -- Strafrecht, insbesondere bei der Beihilfe, en - Festschrift für Richard Honig, Göttingen, 1970, pags. 169-184

- Handlungsunwert, Erfolgsunwert und Rechtfertigung bei den Fahrlässigkeitsdelikten, en Festschrift für Hans Welzel, Berlin, New York, 1974, pags. - 557-578

SCHELLHAMMER, Kurt, Blutentnahme durch Medizinalassistenten, en NJW 1972, pags. 319-320

SCHMIDHÄUSER, Eberhard, Strafrecht, AT, 2ª edic. Tübingen, 1975 (J.C.B.Mohr (Paul Siebeck))

SCHMIDT, Joachim, Nochmals: Die bewusste Tötung bei polizeilichen Schusswaffengebrauch, en NJW 1973, - pags. 449-450

SCHMIDT, Walter, Abschied vom "unbestimmten Rechtsbegriff",
en NJW 1975, pags. 1753-1758

SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, Verwaltungsverantwortung und
Verwaltungsgerichtbarkeit, Mitberich von Prof.
Eb. Schmidt-Assmann, en VVDStRL, tomo 34, Berlin,
1976, pags. 221-274 (W. de G. & Co.)

SCHMIDT-EICHSTAEDT, Gerd, Ermessen, Beurteilungsspiel-
raum und eigenverantwortliches Handeln der Ver-
waltung, en AöR 1973, (tomo 98), pags. 173-195

SCHMIDT-SALZER, Joachim, Der Beurteilungsspielraum der
Verwaltungsbehörden (Zum Verhältnis zwischen -
Verwaltung und Verwaltungsgerichtbarkeit), Ber-
lin, 1968, (Duncker & Humblot)

- Comentario a la sentencia BVerwG de 16.12.1971,
en DVBl 1972, pags. 391-392

SCHMITT, Rudolf, Subjektive Rechtfertigungselemente bei
Fahrlässigkeitsdelikten ?, en JuS 1963, pags. -
64-68

SCHÖNKE-SCHRÖDER, Strafgesetzbuch Kommentar, 18ª edic.
München, 1976, y 19ª edic. München, 1978, por -
Theodor LENCKNER, Peter CRAMER, Albin ESER, y
Walter STREE (C.H.Beck)

SCHOLZ, Rupert, Verwaltungsverantwortung und Verwaltungs-
gerichtbarkeit, Berich von Prof. Rupert Scholz,
en VVDStRL, tomo 34, Berlin, 1976, pags. 146-220

SCHÜNEMANN, Bernd, Der besondere Beitrag - Rundum betrach-
tet., en JA 1972, pags. 633-640, 703-710 y 775-
786

SCHÜTZ, Erwin, Der unbestimmte Rechtsbegriff, Zur Anmerkung REUSS in DÖV 1954, 55 sigs., en DÖV 1954, pags. 556-557

SEIDEL, Dietmar, Risiko in Produktion und Forschung als gesellschaftliches und strafrechtliches Problem, Berlin, 1968 (DDR Staatsverlag)

SPENDEL, Günter, Zur Unterscheidung von Tun und Unterlassen, en Festschrift für Eberhard Schmidt, Göttingen, 1961, pags. 183-199 (Vandenhoeck und Ruprecht)

STRATENWERTH, Günter, Prinzipien der Rechtfertigung, en ZStW 1956, (tomo 68), pags. 41-70

- Das rechtstheoretische Problem der "Natur der Sache", Tübingen, 1957 (J.C.B.Mohr (Paul Siebeck))
- Verantwortung und Gehorsam, Tübingen, 1958 (Paul Siebeck- J.C.B.Mohr)
- Entwicklungstendenzen der neueren deutschen Strafrechtsdogmatik, en Juristenjahrbuch 1961/1962, - tomo II, Köln, 1961, pags. 195-211 (Otto Schmidt)
- Handlungs- und Erfolgsunwert im Strafrecht, en SchwZstr 1963, (tomo 79), pags. 233-256
- Die Bedeutung der finalen Handlungslehre für das Schweizerische Strafrecht, en SchwZstr 1965, (tomo 81), pags. 179-209
- Bemerkungen zum Prinzip der Risikoerhöhung, en Festschrift für Wilhelm Gallas, Berlin, New York, 1973, pags. 227-239 (W.de G. & Co)

- Zur Relevanz der Erfolgsunwertes im Strafrecht, en Festschrift für Friedrich Schaffstein, Göttingen, 1975, pags. 177-193 (Otto Scharz)
- Strafrecht, AT, I, Die Straftat, 2ª edic. Berlin, 1976 (Köln, Berlin, Bonn. München) (Carl Heymann)

THIELE, Gerd-Steffen, Die Rechtmässigkeit von Vollstreckungshandlungen, Dissertation, Köln, 1974

- Zum Rechtmässigkeitsbegriff bei (parágrafo) 113 Abs. 3 StGB, en JR 1975, pags. 353-358

TORIO LOPEZ, Angel, El deber objetivo de cuidado en los delitos culposos, en ADPCP 1974, pags. 25-59

- El "error iuris", perspectivas materiales y sistémáticas, en ADPCP 1975, pags. 25-39

ULE, Carl Hermann, Zur Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe im Verwaltungsrecht, en Gedächtnisschrift für Walter JELLINEK, München, 1955, pags. 309-330 (Günter Olzog)

ULSENHEIMER, Klaus, Das Verhältnis zwischen Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei den Fahrlässigkeitsdelikten, Bonn, 1965 (Ludwig Röhrscheid)

- Erfolgsrelevante und erfolgsneutrale Pflichtverletzungen im Rahmen der Fahrlässigkeitsdelikte, en JZ, 1969, pags. 364-369

WACHINGER, Michael, Der übergesetzliche Notstand nach der neuesten Rechtsprechung des Reichsgerichtes, en Festgabe für Reinhard von Frank, Aalen, 1969 (reimpresión de la edición Tübingen, 1930), tomo I, pags. 469-518 (Scientia)

- WACKE, Gerhard, Das Bundesgesetz über unmittelbaren --
Zwang, en JZ 1962, pags. 137-144
- WAGNER, Heinz, Die Rechtmässigkeit der Amtsausübung . -
OLG Karlsruhe, NJW 1974, 2142, en JuS 1975, pags.
224-228
- WEBER, Hellmuth von, Der Irrtum über einen Rechtferti-
gungsgrund, en JZ 1951, pags. 260-263
- Negative Tatbestandsmerkmale, en Festschrift für
Edmund Mezger, München, Berlin, 1954, pags. 183-
191
 - Wie würde sich die finalistische Lehre auf den
Besonderen Teil eines neuen Strafgesetzbuchs aus-
wirken ?, en Materialien zur Strafrechtsreform,
Tomo I, 1954, pags. 279-281
- WELZEL, Hans, Studien zum System des Strafrechts, en -
ZStW 1939, (tomo 58), pags. 491-566
- Der Irrtum über die Rechtmässigkeit der Amtsaus-
übung, en JZ 1952, pags. 19-20
 - Der Irrtum über die Zuständigkeit einer Behörde,
en JZ 1952, pags. 133-136
 - Der Irrtum über die Amtspflicht, en JZ 1952, pags.
208-209
 - Comentario a la sentencia BGH de 1.7.1952, en JZ
1952, pags. 596-599
 - Arten des Verbotsirrtum, en JZ 1953, pags. 266-
268

- Die Regelung von Vorsatz und Irrtum im Strafrechts als legislatorisches Problem, en ZStW 1955, (tomo 67), pags. 196-228
- Der übergesetzliche Notstand und die Irrtumsproblematik, en JZ 1955, pags. 142-144
- Die finale Handlungslehre und die fahrlässigen Handlungen, en JZ 1956, pags. 316-317
- Das neue Bild des Strafrechtssystems. Eine Einführung in die finale Handlungslehre, Göttinger rechtswissenschaftliche Studien, 3ª edic. Göttingen, 1957, y 4ª edic., Göttingen, 1961 (Otto Schwartz & Co)
- Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte, Karlsruhe, 1961, (C.F.Müller)
- Diskussionsbemerkungen zum Thema "Die Irrtumsregelung im Entwurf", en ZStW 1964, (tomo 76), pags. 619-632
- Das Deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung, 11ª edic. Berlin, 1969, 6ª edic. 1958, 7ª edic. 1960 (W. de G. & Co)
- Zur Dogmatik im Strafrecht, en Festschrift für Reinhart Maurach, Karlsruhe, 1972, pags. 3-8

WESSELS, Johannes, Strafrecht, AT, 6ª edic. Karlsruhe, Heidelberg, 1976 (C.F.Müller)

WINTERFELD, Achim von, Der Todesschuss der Polizei, en NJW 1972, pags. 1881-1884

WOLFF / BACHOF, Verwaltungsrecht, tomo I, 9^a edic. Mün
chen, 1974 (C.H.Beck)

ZIELINSKI, Diethart, Handlungs- und Erfolgsunwert in -
Unrechtsbegriff, Berlin, 1973 (Duncker & Humblot)

ZIPF, Heinz, Rechtskonformes und sozialadäquates Ver--
halten im Strafrecht, en ZStW 1970, pags. 633-654
(tomo 82).